

Pojęcie „przeciętnego konsumenta” w u.p.n.p.r. na tle prawa i orzecznictwa UE

1. Wprowadzenie

Cele, w jakich wysyłane są przez przedsiębiorców komunikaty rynkowe do konsumentów, mogą zachęcać do rozmaitych działań nieuczciwych lub podejmowanych na granicy prawnej dopuszczalności. Zasada prawdy, która jest fundamentem prawa uczciwości konkurencji, stanowi podstawę wolnych, świadomych i rzeczowych decyzji konsumenckich, w których upatruje się sukcesu rynku i gospodarki UE. Komunikacja rynkowa między przedsiębiorcami a konsumentami, z natury swej, generuje ryzyko wprowadzenia w błąd. Liczne grono odbiorców przekazu zwiększa ryzyko pomyłek. Ochrona uczciwości zachowań rynkowych przedsiębiorców wymaga ocen dokonywanych przez **pryzmat odbioru uśrednionego** (nie jednostkowego, lecz przeciętnego, modelowego, który jest wypadkową zachowań ogółu odbiorców). Kryteria ocen nieuczciwości praktyk rynkowych stanowią ruchomy system, który jest określony przy wyważeniu interesów przedsiębiorców, konsumentów i ogółu. Decydujące znaczenie przy ocenie nieuczciwości ma horyzont i możliwości poznawcze odbiorcy oraz okoliczności, w jakich styka się z komunikatem rynkowym i ewentualnie podejmuje pod jego wpływem decyzję rynkową. Dodatkowo, ze względu na asymetrię informacyjną w relacjach B2C konieczne jest rekompensowanie deficytu informacyjnego po stronie konsumenta w formie obowiązków informacyjnych nakładanych na przedsiębiorcę. Stwierdzenie nieuczciwości praktyk rynkowych (ich wprowadzającego w błąd lub agresywnego charakteru) wymaga ustalenia **odbioru przeciętnego konsumenta** – adresata tych praktyk. Można je przeprowadzić w dwojaki sposób: empiryczny – z zastosowaniem badań demoskopowych, przeprowadzając próbę statystyczną, której wyniki są uśredniane lub normatywny (teoretyczny) – z uwzględnieniem celów regulacji, wówczas rezultat oceny stanowi wypadkową wielu czynników (o charakterze teleologicznym, funkcjonalnym, gospodarczym i politycznym). Oba sposoby są jednak związane z koniecznością wyznaczenia poziomu ochrony – modelu chronionego na gruncie regulacji będącej podstawą rozstrzygnięcia¹.

¹ Szczegółowo na ten temat A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006, nr 1, s. 199 i n.

2. Pojęcie przeciętnego konsumenta w dyrektywie 2005/29/WE

Przeciętny konsument, jeden z kilku fikcyjnych bohaterów prawa własności intelektualnej oraz prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji (obok znawcy i zorientowanego użytkownika), w rezultacie implementacji dyrektywy 2005/29/WE, wraz z wejściem w życie u.p.n.p.r. na stałe zagościł w polskim prawie uczciwości konkurencji jako pojęcie, które ma **definicję legalną**. Pojęcie to stanowi oś dyrektywy i u.p.n.p.r., pojęcie o znaczeniu podstawowym, które umożliwia kwalifikację praktyk rynkowych z punktu widzenia ich uczciwości. Warto jednak wskazać, że choć pojęciem tym posłużono się w dyrektywie 2005/29/WE, jednakże w tekście dyrektywy nie zamieszczono jego definicji. W konsekwencji wprowadzenie definicji legalnej tego pojęcia nie stanowiło wymogu przewidzianego w dyrektywie 2005/29/WE. Dyrektywa odwołuje się do pojęcia „przeciętny konsument” w definicji nieuczciwej praktyki rynkowej (art. 5 ust. 2 pkt b i art. 5 ust. 3), w definicjach praktyk wprowadzających w błąd przez działanie (art. 6 ust. 1 i ust. 2) i przez zaniechanie (art. 7 ust. 1 i ust. 2) a także w definicji agresywnych praktyk rynkowych (art. 8). Wyjaśnienie zawierające wskazówki, jak należy rozumieć to pojęcie i jaka jest jego geneza, przeniesiono do preambuły dyrektywy (punkty 18 i 19).

Projekt dyrektywy przewidywał jednak legalną definicję tego pojęcia², zaś w preambule projektowanej dyrektywy (punkt 13) wyraźnie wskazywano na kodyfikację w dyrektywie testu wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W punkcie 35 wyjaśnień do projektu (Explanatory Memorandum) wskazano wręcz na wyroki, które stanowiły kamienie milowe w ewolucji i ustalaniu modelu³. W toku prac zrezygnowano z zamieszczenia definicji w dyrektywie⁴. Usunięcie definicji pojęcia „przeciętny konsument” z tekstu dyrektywy, rozumianego jako „konsument dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny”, uzasadniono tym, że użycie definicji uniemożliwiłoby rozwój pojęcia zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości (ang. *this would prevent the concept from evolving in line with ECJ jurisprudence*)⁵. Powodem usunięcia definicji legalnej z dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych jest więc chęć uniknięcia nadmiernego usztywnienia regulacji prawnych, stanowiących bazę dla rozstrzygnięć dotyczących uczciwości zachowań rynkowych i pozostawienie otwartej furtki dla dalszego rozwoju orzecznictwa Trybunału Sprawied-

² Art. 2 b projektu Komisji, COM (2003) 356 final.

³ Case C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratories SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994) ECR I-317; Case C-210/96, Gut Springheide GmbH v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998) ECR I-4657

⁴ Ostatecznie zrezygnowano z definicji we wspólnym stanowisku Rady WE nr 6/2005 z 15.11.2004, Dz. Urz. WE 2005, C 38 E/1.

⁵ Komunikat Komisji z 16 listopada 2004 r. skierowany do Parlamentu Europejskiego, [COM(2004)753 końcowy], s. 3.

liwości w tym zakresie⁶. W procesie harmonizacji prawa krajowego z wymogami dyrektywy 2005/29/WE definicja pojęcia „przeciętny konsument” zasadniczo nie została wprowadzona do porządków krajowych państw członkowskich. W większości ustaw krajowych zastosowano samo pojęcie „przeciętnego konsumenta” bez definicji i jedynie z rozwinięciem dotyczącym konieczności uwzględnienia w ocenach szczególnej grupy konsumentów i ochrony konsumentów podatnych na praktyki rynkowe⁷.

Obszerne wskazania, jak należy rozumieć pojęcie przeciętnego konsumenta, zawarto w punkcie 18⁸ i 19⁹ preambuły dyrektywy. Przede wszystkim skonstatowano, że dyrektywa przejmuje wzorzec przeciętnego konsumenta wypracowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Prawidłowe stosowanie przepisów krajowych, które implementują dyrektywę 2005/29/WE, uwarunkowane jest więc znajomością genezy tego pojęcia w prawie i orzecznictwie UE, w tym w szczególności rozumieniem procesu integracji europejskiej oraz kierunków rozwoju europejskiego prawa uczciwości konkurencji. Definicja tego pojęcia, zamiesz-

⁶ Por. raport *An analysis of the application and scope of the Unfair Commercial Practices Directive. A Report for the Department of Trade and Industry* przygotowany przez Dr Christian Twigg-Flesner, Deborah Parry, Professor Geraint Howells, Annette Nordhausen, with Professor Hans-W Micklitz, Professor Jules Stuyck, Professor Thomas Wilhelmsson, 18 May 2005 (<http://www.bis.gov.uk/files/file32095.pdf>)

⁷ Należy zastrzec jednak, że ze względu na ograniczenia językowe, nie wszystkie ustawy krajowe zostały zbadane. Takie rozwiązanie przyjęto m.in. w ustawach: austriackiej, belgijskiej, irlandzkiej, włoskiej, luksemburskiej, maltańskiej, słowackiej. Spośród zbadanych przepisów krajowych jedynie w brytyjskim akcie z 8 maja 2008 r. (*The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*, 2008) zamieszczono definicję przeciętnego konsumenta (art. 2).

⁸ Punkt 18: *Właściwe jest zapewnienie wszystkim konsumentom ochrony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi; jednakże od czasu wejścia w życie dyrektywy 84/450/EWG Trybunał Sprawiedliwości przy orzekaniu w sprawach dotyczących reklamy uznał za konieczne badanie jej wpływu na hipotetycznego typowego konsumenta. Zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w celu umożliwienia skutecznego stosowania środków ochrony zawartych w niniejszej dyrektywie, za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości, jednak zawiera ona również przepisy mające na celu zapobieganie wykorzystywaniu konsumentów, których cechy czynią ich szczególnie podatnymi na nieuczciwe praktyki handlowe. W przypadku, gdy określona praktyka handlowa przeznaczona jest dla szczególnej grupy konsumentów, jak np. dzieci, oddziaływanie tej praktyki należy ocenić z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. Dlatego też wskazane jest dodanie do wykazu praktyk, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach, przepisu, który nie wprowadzając całkowitego zakazu reklamy skierowanej do dzieci, chroni je przed bezpośrednimi namowami do dokonania zakupu. Test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.*

⁹ Punkt 19: *Jeżeli niektóre cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa lub łatwowierność, czynią konsumentów szczególnie podatnymi na praktykę handlową lub produkt, którego ona dotyczy, i jeżeli praktyka ta może zniekształcić zachowanie gospodarcze jedynie takich konsumentów w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, należy zadbać o ich odpowiednią ochronę poprzez ocenę danej praktyki z perspektywy przeciętnego członka tej grupy.*

czona w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., jest rezultatem ewolucji orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości, zaś jej poszczególne elementy wyznaczone są przez jego kolejne orzeczenia.

3. „Przeciętny konsument” w orzecnictwie Trybunału Sprawiedliwości

W orzecnictwie Trybunału Sprawiedliwości widać, jak bardzo rozumienie pojęcia „przeciętny konsument” jest uwarunkowane całokształtem unijnej polityki konsumenckiej, a nade wszystko polityki gospodarczej UE¹⁰. Celem UE jest wspieranie dobrobytu jej narodów (art. 3 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej). Unijna wizja dobrobytu obejmuje ochronę konsumentów oraz wymuszoną przez nią odpowiednią politykę producentów i handlowców, która spowoduje zwiększenie konkurencyjności produktów unijnych w światowej gospodarce¹¹. Potrzeba ochrony konsumentów stanowi naturalną konsekwencję prowadzonej polityki integracyjnej, pierwotnie nastawionej na urzeczywistnienie czterech traktatowych swobód. Naturalnym kosztem integracji są zagrożenia dla konsumenta (jego życia, zdrowia, bezpieczeństwa i interesów ekonomicznych). Pogłębianie integracji w jednej sferze, wymusza rozwiązania zdeterminowane tym rozwojem również w innych sferach¹². Dlatego dla zrównoważenia intensywnych zabiegów, mających zapewnić swobodny przepływ towarów, usług, pracowników, kapitału oraz swobodę przedsiębiorczości, niezbędne jest przeciwdziałanie takim efektom wysiłków integracyjnych, które mogłyby być wymierzone w konsumentów¹³.

W początkowym okresie integracji europejskiej ochrona konsumentów traktowana była jako jeden ze środków umożliwiających realizację celów Traktatu Rzymskiego, stanowiła skutek i wypadkową działań wspólnotowych kierowanych do aktywnych uczestników rynku¹⁴. Obecnie ochrona konsumentów stanowi dziedzinę autonomiczną, samodzielną politycznie i prawnie, czego ucieleśnieniem jest tytuł XV Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W myśl art. 169 TFUE¹⁵

dążąc do popierania interesów konsumentów i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów, Unia przyczynia się do ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i interesów

¹⁰ Ewolucja orzecznictwa TS UE została szczegółowo przedstawiona w artykule A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta...*, s. 213-231.

¹¹ A. Nowak-Far, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, cz. 2, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 429.

¹² W doktrynie zjawisko to określane jest jako „zależność od ścieżki” (ang. *path dependence*).

¹³ A. Nowak-Far, w: *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 430.

¹⁴ Zob. E. Łętowska, *Antynomie ochrony*. 385; E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 6 i n. oraz E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 16 i 18.

¹⁵ Dawny artykuł 153 TWE.

gospodarczych konsumentów, jak również wspierania ich prawa do informacji, edukacji i organizowania się w celu zachowania ich interesów.

Europejska koncepcja ochrony konsumenta zasadza się na wykształceniu i ustaleniu możliwości rzeczywiście wolnego i swobodnego własnego działania konsumentów, poprzez zwiększenie ich wiedzy i informacji¹⁶. Decydować o swoich rynkowych wyborach może tylko jednostka świadoma, krytyczna, dobrze poinformowana. Ze względu na otwarcie rynków krajowych grupę unijnych konsumentów powinien cechować jednakowy (lub zbliżony) poziom świadomego uczestniczenia w grze rynkowej, oparty na informacji oraz edukacji wyrabiającej zdolność krytycznego, „oświeconego” podejmowania decyzji ekonomicznych¹⁷. W efekcie integracja europejska z założenia służyć ma wyrabianiu możliwie jednolitego „wzorca” konsumenta, który nie będzie jednak całkowicie oderwany od realiów społecznych, kulturowych, językowych. Taki model konsumenta ma sprzyjać rozwojowi gospodarczemu UE i realizacji wizji dobrobytu w jej ramach¹⁸.

Tę ewolucję w postrzeganiu znaczenia konsumenta i potrzeby ochrony jego interesów doskonale widać w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Ważny rozdział w orzecznictwie Trybunału otworzyło orzeczenie w sprawie *Cassis de Dijon*¹⁹, która ujawniła konflikt dwóch wartości: swobody przepływu towarów oraz potrzeby ochrony konsumenta na rynku krajowym przed ewentualnymi zagrożeniami, płynącymi z realizacji idei swobodnego przepływu towarów. Trybunał przyznał w wyroku, że z rozbieżności pomiędzy regulacjami zasad wprowadzania towarów na rynek w poszczególnych państwach członkowskich wynikać mogą utrudnienia w swobodnym przepływie towarów. Utrudnienia te należy jednak zaakceptować w zakresie, w jakim regulacje krajowe mogą być uznane za niezbędne dla zapewnienia m.in. ochrony zdrowia publicznego, uczciwości transakcji handlowych oraz ochrony konsumenta. Wyjątek przewidziany w orzeczeniu *Cassis de Dijon* nie obejmuje jednak sytuacji, gdy ograniczenia ilościowe i środki o skutku podobnym stanowią samowolną dyskryminację lub ukryte restrykcje w handlu między państwami członkowskimi²⁰.

Rozstrzygnięcie sprawy *Cassis de Dijon* uruchomiło lawinę spraw wymagających oceny przez Trybunał regulacji krajowych z punktu widzenia zakazu ograniczeń ilościowych między państwami (tj. obecnego art. 34 TFUE) i stało

¹⁶ Tak E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 45 oraz N. Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden 1996, s. 63.

¹⁷ Por. uzasadnienie Komisji do projektu dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych oraz opracowanie dotyczące oceny wpływu tego aktu prawnego, COM (2003), 356 i SEC (2003), 724.

¹⁸ Szerzej na ten temat A. Tischner, *Model...*, s. 199 i n.

¹⁹ Wyrok ETS z 20.02.1979 r. w sprawie C-120/78, Zb. Orz. 1979, s. 649.

²⁰ Do „zalegalizowania” krajowej regulacji, która istnieje ze względu na wymogi konieczne, niezbędne jest poddanie jej testowi proporcjonalności. Jeżeli więc badana regulacja ma rzeczywiście służyć osiągnięciu celu uznanego przez prawo wspólnotowe (np. ochronie konsumentów) oraz celu tego nie można osiągnąć za pomocą środków ograniczających w mniejszym stopniu handel wewnątrz wspólnotowy, stwierdza się jej proporcjonalność.

się skutecznym środkiem eliminowania przepisów, które powodowały większe utrudnienia w obrocie towarami importowanymi niż krajowymi. W kolejnych orzeczeniach Trybunał stwierdzał, iż powoływane przez państwa członkowskie podstawy, w szczególności ochrona konsumenta, w ogóle nie służyły wskazanemu celowi bądź mogły być osiągnięte za pomocą innych, mniej restryktywnych środków. W bardzo wielu sprawach uznano za niedopuszczalne motywowanie interesem konsumenta działań, które służyły ochronie własnego rynku przed konkurencyjnym importem²¹. Wobec konfliktu interesów konsumentów i przedsiębiorców, Trybunał wprawdzie dostrzegł potrzebę ochrony konsumentów, jednak przychylił się do ochrony interesów konkurujących na wspólnym rynku przedsiębiorców²². W tej grupie orzeczeń, mimo ryzyka wprowadzenia w błąd, jakie stwarza dla konsumenta krajowego, mającego utrwalone przyzwyczajenia konsumpcyjne, otwarcie rynków krajowych na produkty z innych państw członkowskich, często wytwarzane lub pakowane odmiennie od tradycji miejsca, gdzie są zbywane, Trybunał poświęcił interesy konsumentów na rzecz ówczesnych priorytetów wspólnotowej polityki gospodarczej. W konsekwencji postawił przed konsumentami wysokie wymagania w zakresie poziomu uwagi, racjonalnych wniosków, skłonności do samodzielnego zdobywania informacji, potrzebnych do podjęcia decyzji

²¹ Na tej podstawie zakwestionowane zostały przepisy włoskie, reglamentujące możliwość używania określeń „aceto” (Sprawa C-788/79, wyrok z 26.06.1980 r., Zb. Orz. 1980, s. 2071; sprawa C-1930/80 *Komisja v Włochy (Aceto I)*, wyrok z 9.12.1981 r., Zb. Orz. 1981, s. 3019 i sprawa C-281/83 *Komisja v Włochy (Aceto II)*, wyrok z 15.11.1985 r., Zb. Orz. 1985, s. 3397. W tej ostatniej sprawie stwierdzono, że włoskie oznaczenie octu (aceto) nie może być zastrzeżone dla octu winnego, gdyż w przypadku importowanego octu owocowego można zapobiegać niebezpieczeństwu wprowadzenia w błąd konsumentów co do składu surowcowego poprzez odpowiednie etykietowanie) oraz pasta (sprawa 407/85, 3 *Glocken GmbH v USL*, wyrok z 14.07.1988 r., Zb. Orz. 1988, s. 4233. W sprawie tej stwierdzono, że włoski zakaz wprowadzania na rynek makaronów niewytworzonych z pszenicy twardej (pasta) jest sprzeczny z obecnym art. 34 TFUE), a także niemiecki nakaz czystości piwa (*Reinheitsgebot*) z 1516 r., jako wymóg i ograniczenie dla stosowania określenia „piwo” (*Bier*) na terenie Niemiec, który w rzeczywistości wykluczał import piwa do tego kraju (sprawa 178/84, *Komisja v Niemcy (Piwo niemieckie)*, wyrok z 12.03.1987 r., Zb. Orz. 1987, s. 1227. Zob. też sprawę 94/82 *De Kikvorsch Groothandel-Import-Export B.V. („Berliner Kindl Weisse Bier”)* z 17.03.1983 r., Zb. Orz. 1983, s. 947, w której Trybunał oceniał zgodność z Traktatem przepisów holenderskich, zakazujących umieszczania na opakowaniu informacji o zawartości alkoholu w brzeczce piwnej, jako wprowadzającej w błąd, bo mylonej z informacją o zawartości alkoholu w samym piwie. Ostatecznie Trybunał stwierdził, że informacja taka może wprowadzać w błąd, w efekcie holenderski zakaz może być uzasadniany potrzebą ochrony konsumentów). Por. też orzeczenie dotyczące belgijskiego zakazu sprzedaży margaryny w opakowaniach innych niż sześciokątne, w którym Trybunał wskazał, że konsument, dzięki odpowiednim informacjom, powinien wiedzieć, iż margarynę znajdzie nie tylko w opakowaniu sześciennym (sprawa C-261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PvbA*, wyrok z 10.11.1982 r., Zb. Orz. 1982, s. 3961) oraz analogiczne orzeczenie w sprawie *Prantl* (sprawa C-16/83 *Prantl*, wyrok z 13.03.1984 r., Zb. Orz. 1984, s. 1299), w której Trybunał uznał, że sprzedaż południowotyrolskiego wina w charakterystycznych butelkach (*Bocksbeutel*), w których w Niemczech tradycyjnie sprzedawane było wino frankońskie, nie może być zakazana, gdyż można poprzez odpowiednią informację na etykiecie wskazać, że wino to pochodzi z Południowego Tyrolu (a więc z Włoch), a nie z Frankonii (czyli z Niemiec).

²² E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, s. 49.

rynkowej, umiejętności wykorzystania deregulacji rynku, integracji gospodarczej oraz poszerzonej oferty rynkowej²³.

W orzeczeniach Trybunału z lat 90-tych doprecyzowane zostały cechy kształtujące model przeciętnego konsumenta. Niezwykle ważne spośród nich jest orzeczenie w sprawie *Mars*²⁴, dotyczącej europejskiej kampanii reklamowej produktów amerykańskiego koncernu (batoników lodowych Mars, Snickers, Bounty, Milky Way)²⁵, która spowodowała sprzeciw jedynie na terenie Niemiec. Tamtejszy zakaz sprzedaży produktu w spornym promocyjnym opakowaniu uznano za sprzeczny z zakazem ograniczeń ilościowych. Nawet wobec faktu, że był on stosowany wobec wszystkich produktów na rynku (niedyskryminacyjnie), stwierdzono, że ograniczał handel wewnątrz Wspólnoty, gdyż zmuszał importera do każdorazowego dostosowania wyglądu (zewnętrznej postaci) produktu do miejsca, w którym ma być sprzedawany i w rezultacie do ponoszenia dodatkowych kosztów opakowania oraz reklamy. Zdaniem Trybunału, środek ten nie mógł być usprawiedliwiony potrzebą ochrony konsumenta, ani też uczciwości handlu. Trybunał stwierdził, że od przeciętnie ostrożnego konsumenta należy oczekiwać, iż wie o tym, że nie zawsze zachodzi związek pomiędzy wielkością napisu, promującego zwiększoną objętość produktu, a rzeczywistą wielkością produktu. W orzeczeniu tym Trybunał, analizując wprowadzający w błąd charakter kampanii reklamowej, dokonał oceny jej skutków nie empirycznie *ex post*, badając rzeczywisty odbiór rynkowy tej reklamy²⁶, lecz jej wprowadzający w błąd charakter zbadany został *ex ante* na podstawie normatywnie uzasadnionych oczekiwań względem ostrożnego konsumenta i jego roli w działaniach rynkowych²⁷.

Rodzaj nabywanych towarów może być wyznacznikiem poziomu uwagi konsumenta określonych dóbr. W sprawie *Meyhui* – „szkło kryształowe”²⁸ – dotyczącej informacji na opakowaniach kryształów, Trybunał rozstrzygał kwestię zamieszczania informacji o produktach w języku państwa, w którym są one sprzedawane.

²³ S. Weatherill, *Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation*, „Community Law Review” 1999, z. 36, s. 51. Ten obraz europejskiego konsumenta dopełniany jest następującymi cechami: rozsądny, poinformowany, należycie poinformowany, oświecony, znający się na rzeczy, krytyczny, uważny. Tak R. Sack, *Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes den EuGH*, WRP 1999, z. 4, s. 399.

²⁴ Sprawa C-470/93, wyrok z 6 VII 1995 r., Zb. Orz. 1995, s. I-1923

²⁵ Zdaniem powoda, niemieckiej organizacji konsumenckiej, napis promocyjny „+10%” umieszczany na opakowaniu batonu *Mars* wprowadzał konsumentów w błąd i naruszał zakaz przewidziany w niemieckim prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zajmował on bowiem więcej niż 10% powierzchni opakowania, co mogłoby sugerować, że objętość i waga promowanego produktu została powiększona proporcjonalnie do powierzchni, jaką zajmował sporny napis. W rzeczywistości takie proporcjonalne powiększenie wagi produktu nie miało miejsca.

²⁶ Co było właściwe dla dotychczasowych rozstrzygnięć na gruncie prawa niemieckiego.

²⁷ K.-H. Fezer, *Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht*, WRP 1995, z. 9, s. 672. Zob. też: A. H. Meyer, *Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs — Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher”*, WRP 1993, z. 4, s. 215.

²⁸ Sprawa C-51/93 *Meyhui v Shott*, wyrok z 9.08.1994 r., Zb. Orz. 1994, s. I-3879.

Zdaniem Trybunału, różnice pomiędzy poszczególnymi rodzajami kryształu nie są łatwe do zauważenia dla przeciętnego konsumenta, który rzadko dokonuje zakupów tego rodzaju produktów. Takiemu konsumentowi należy zapewnić maksymalnie jasną informację, by nie mylił rodzajów szkła, a tym samym nie płacił zbyt wysokiej ceny.

W sprawie *Clinique*²⁹ spór dotyczył dopuszczalności zamieszczania oznaczenia „Clinique” na produktach kosmetycznych, sprzedawanych w krajach Unii Europejskiej przez amerykański koncern Lauder za pośrednictwem francuskich i niemieckich spółek zależnych. Produkty te sprzedawane były od wielu lat we wszystkich państwach Wspólnoty pod oznaczeniem „Clinique”, z wyjątkiem Niemiec, gdzie od 1972 r. wprowadzane były na rynek z oznaczeniem „Linique”, co naturalnie powiększało koszty opakowania i reklamy. Wyłom ten spowodowany był restryktywnym podejściem do spornego oznaczenia w Niemczech. Obrońcy konsumenta niemieckiego uważali, że oznaczenie „Clinique” może sugerować, iż produkty posiadają szczególne własności medyczne i w ten sposób wprowadzać w błąd konsumentów. Zdania tego nie podzielił Trybunał, kontynuując linię orzeczniczą zapoczątkowaną wyrokiem w sprawie *Mars*, i stwierdził, że oznaczenie to nie może wprowadzać w błąd konsumentów, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że produkty kosmetyczne „Clinique” nie są sprzedawane w aptekach, lecz na stoiskach kosmetycznych w domach towarowych.

Kamieniem milowym orzecznictwa Trybunału okazało się orzeczenie w sprawie *Gut Springenheide*³⁰, dotyczącej wprowadzającego w błąd charakteru stwierdzenia „6 zbóż — 10 świeżych jaj”, zamieszczanego na opakowaniach jaj i odnoszącego się do typu paszy używanej do karmienia zwierząt. Powodowa spółka stosowała do karmienia kur pasze zawierające mieszankę sześciu zbóż, która stanowiła 60% całej paszy. Załączona do sprzedawanych opakowań informacja przedstawiała pozytywny wpływ takiego sposobu karmienia kur na jakość jaj. Zdaniem krajowego sądu apelacyjnego, stwierdzenie „6 zbóż — 10 świeżych jaj”, stanowiące jednocześnie znak towarowy wytwórcy, może wprowadzać w błąd znaczną liczbę konsumentów, którzy mylnie mogą przypuszczać, że karma podawana kurom składa się wyłącznie z sześciu zbóż wskazanych w załączanym do sprzedawanych jaj opisie. Natomiast niemiecki Federalny Sąd Administracyjny wyraził wątpliwość, czy – przy ocenie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd – należy badać ewentualną, wprowadzającą w błąd naturę spornego oznaczenia z punktu widzenia rzeczywistych oczekiwań konsumenta, które powinny być zbadane na reprezentatywnej próbie konsumentów lub w formie opinii biegłego, czy też regulacja ta opiera się na obiektywnym pojęciu nabywcy, które podlegać powinno wykładni prawnej, niezależnie od rzeczywistych oczekiwań konsumentów. Federalny Sąd Administracyjny uzupełnił ją w pytaniu prejudycjalnym jeszcze

²⁹ Sprawa C-315/92 *Clinique*, wyrok z 2.02.1994 r., Zb. Orz. 1994, s. I-317.

³⁰ Wyrok w sprawie C 210/96 *Gut Springenheide*, wyrok z 16.07.1998 r., Zb. Orz. 1998, s. I-4657

o następujące kwestie: czy w przypadku przyjęcia, iż miarodajne są rzeczywiste oczekiwania konsumenta, właściwy sprawdzian stanowi wówczas wzorzec przeciętnego poinformowanego konsumenta, czy też zwykłego konsumenta oraz czy w takich przypadkach można określić procentowo liczbę konsumentów, dla wykazania ich rozstrzygających oczekiwań. W przypadku zaś przyjęcia, iż decydującej w tej sprawie jest zobiektywizowany wzorzec konsumenta, podlegający jedynie interpretacji prawnej, jak należy definiować to pojęcie.

Zdaniem Trybunału, w sprawie *Gut Springenheide* sąd krajowy ustalając, czy określone stwierdzenie, stosowane przy promocji sprzedaży jaj, wprowadza nabywców w błąd, musi wziąć pod uwagę oczekiwania przeciętnego konsumenta, który jest należycie poinformowany oraz odpowiednio spostrzegawczy i ostrożny. Te cechy przeciętnego konsumenta są obecnie elementem modelu określonego w punkcie 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE oraz w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. W braku postanowień prawa wspólnotowego w tej kwestii, nie jest wyłączone, by sąd krajowy, mając trudności z oceną wprowadzającego w błąd charakteru stwierdzenia lub opisu zamieszczonego na opakowaniu, odwołał się, zgodnie z zasadami ustalonymi w prawie krajowym, do ankietowania konsumentów lub opinii biegłego, jako narzędzia pomocnego do wydania wyroku. Ostateczne ustalenie odpowiedniego progu wprowadzenia w błąd do oceny opinii, opartej na badaniach demoskopowych, stanowi rodzaj wskaźnika krajowego poziomu ochrony.

Zasada, iż do sądziego krajowego należy ustalenie, czy reklama wprowadza w błąd, została potwierdzona również w wyroku w sprawie *Darbo*³¹. W sporze tym chodziło o ustalenie, czy oznaczenie *naturrein* – „naturalny”, *naturally pure* – „naturalnie czysty” na dzemie truskawkowym, zawierającym inne składniki, może wprowadzać w błąd konsumentów. Pomimo istnienia innych substancji chemicznych w dzemie (pektyna, pestycydy, ołów, kadm i inne w śladowych ilościach), Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że występowanie tych składników w dzemie nie może wprowadzać w błąd, co do cech towaru, przeciętnego konsumenta należycie poinformowanego oraz odpowiednio spostrzegawczego. Choć w tym przypadku Trybunał podjął decyzję samodzielnie, wskazał wyraźnie w uzasadnieniu, iż dysponował wystarczającymi podstawami do dokonania takiego ustalenia. Przypadek ten nie zmienia jednak zasady, że do kompetencji sądziego krajowego należy samodzielna ocena spornego oznaczenia z punktu widzenia przeciętnego konsumenta. Jeżeli jednak sędzia krajowy uzna, iż nie jest w stanie podjąć takiej decyzji, może on – zdaniem Trybunału – przeprowadzić w tej sprawie postępowanie dowodowe, np. w postaci ekspertyzy biegłego lub ankiety wśród konsumentów. Ta z kolei może stanowić podstawę do stosownej opinii biegłego, opartej na badaniach demoskopowych. Zadaniem biegłego jest również, zgodnie z prawem krajowym, stwierdzić, jaki procent konsumentów wprowadzonych w błąd wystarczy do stwierdzenia zakazu określonych działań. W kontekście przytoczono-

³¹ Sprawa C 465/98 *Darbo*, wyrok z 4.04.2000, Zb. Orz. 2000, I-2297.

nych wypowiedzi Trybunału Sprawiedliwości należy odczytywać więc wskazówkę zawartą w pkt 18 preambuły dyrektywy, iż

test przeciętnego konsumenta nie jest testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

W sprawie *Graffione*³² Trybunał wyraził pogląd, iż znak towarowy może wprowadzać w błąd tylko w niektórych państwach członkowskich. Takie selektywne wprowadzenie w błąd wynika ze specyfiki językowej, kulturowej i społecznej konkretnego państwa członkowskiego. W rozstrzyganej sprawie spór dotyczył wprowadzającego w błąd charakteru oznaczenia „Cotonelle”, które może sugerować zawartość bawełny w produkcie. Jak wskazał w sprawie rzecznik Jacobs, na określenie bawełny (ang. *cotton*) używa się różnych wyrazów (np. w języku niemieckim *Baumwolle*, w hiszpańskim *algodon*), co potwierdzałoby tezę Trybunału. Zdaniem Trybunału, sąd krajowy musi uwzględnić wszystkie istotne czynniki, włącznie z warunkami, w jakich sprzedawane są produkty, informacjami zamieszczonymi na opakowaniu produktów, prezentacją i zawartością materiałów reklamowych oraz ryzykiem błędu (*risk of error*) w odniesieniu do grupy konsumentów, których to dotyczy.

W grupie orzeczeń dotyczących branży kosmetycznej znajduje się również wyrok w sprawie *Estée Lauder*³³. Strona powodowa w tej sprawie wskazywała na wprowadzający w błąd charakter oznaczenia „lifting”, które mogło sugerować konsumentom właściwości produktu (kremu) analogiczne do działania zabiegów chirurgii plastycznej (liftingu chirurgicznego). Podstaw prawnych dla zakazu upatrywano w niemieckich przepisach wewnętrznych, dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz regulujących obrót środkami kosmetycznymi. Zdaniem niemieckiego sądu krajowego, dowodem na wprowadzający w błąd charakter oznaczenia jest fakt, że mogą one wywołać taki skutek w stosunku do znacznej liczby konsumentów, w niemieckiej praktyce orzeczniczej określanej na ok. 10–15% adresatów. Wobec wątpliwości, sąd niemiecki wystąpił do Trybunału z zapytaniem wstępnym, o dopuszczalność stosowania w świetle (obecnego) art. 34 TFUE krajowego zakazu oznaczania kosmetyków w ten sposób, jako wprowadzający w błąd, wskazując jednocześnie, że kosmetyki te są sprzedawane pod tym określeniem bez zastrzeżeń w innych państwach Wspólnoty. Trybunał tym razem nie zajął jednoznacznego stanowiska, dał jednak wskazówki dla rozstrzygnięcia sporu przez sąd krajowy. Wskazał, że dla oceny wprowadzającego w błąd charakteru oznaczenia, znaku towarowego, promocyjnego opisu, niezbędne jest uwzględnienie oczekiwań przeciętnego konsumenta, który jest należycie (dostatecznie) poinformowany, odpowiednio spostrzegawczy (uważny) i ostrożny (ang.

³² Sprawa C 313/94 *F.Illi Graffione SNC v Ditta Fransa*, wyrok z 26.11.1996 r., Zb. Orz. 1996, s. I-06039.

³³ Sprawa C 220/98 *Estée Lauder*, wyrok z 13.01.2000 r., Zb. Orz. 2000, s. I-117.

reasonably well informed and reasonably observant and circumspect). Trybunał wskazał dodatkowo, że test ten oparty jest na zasadzie proporcjonalności. Odwołanie do tej zasady w kontekście modelu przeciętnego konsumenta zamieszczone zostało w punkcie 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE.

Trybunał uznał również za istotne rozważenie, czy pojęcie „lifting”, rozumiane jest przez niemieckich konsumentów inaczej niż przez konsumentów z innych państw członkowskich, tzn. czy czynniki społeczne, kulturowe i językowe mogą uzasadniać, że termin „lifting” będzie miał inne znaczenie dla konsumenta niemieckiego, a inne dla konsumenta z innego państwa Wspólnoty, oraz czy załączona instrukcja sposobu użycia kremu dostatecznie jasno przedstawia sposób działania tego produktu, co wykluczy możliwość wprowadzenia w błąd. Trybunał wskazał też, że fakt, iż stosowanie jakiegoś oznaczenia nie jest kwestionowane w jednym państwie członkowskim, nie oznacza, że nie może ono wprowadzać w błąd w innym państwie. Dokonanie tej oceny zostało jednak przekazane sądowi krajowemu, który – jeżeli uzna to za stosowne – może w ocenie odwołać się do wyników badań opinii społecznej czy też opinii biegłych. Ewentualne ustalenie progu procentowego wprowadzenia konsumentów w błąd, jako miarodajnego dla zastosowania zakazu, należy do sądu krajowego.

Wyrok ten wyróżnia się w grupie omawianych orzeczeń. Trybunał uchylił się w nim od ostatecznej oceny charakteru spornego oznaczenia i wskazał sąd krajowy jako kompetentny do jej dokonania, honorując jednocześnie różnice społeczne i kulturowe poszczególnych krajów członkowskich. Nie pozostawił jednak sądu krajowego bezradnym, ponieważ przedstawił mu wzór – miarę, jaką ma zastosować przy dokonywanej ocenie. Komentowane orzeczenie jest wyrazem ewolucji, jaka dokonała się w rozumowaniu Trybunału. W najnowszych orzeczeniach ETS można bowiem dostrzec tendencję do coraz rzadszego samodzielnego rozstrzygania o niebezpieczeństwie wprowadzenia w błąd, w porównaniu z wcześniejszymi wyrokami. Można dopatrzeć się w tym stosowania przez Trybunał zasady pomocniczości. Początkowe, dość restryktywne i często zadziwiające, rozstrzygnięcia zostały zaakceptowane i przyswojone przez porządki krajowe, które mogły z nich odczytać kierunek rozwoju rozumowania. Dalsze rozstrzyganie przypadków podobnych zostało przekazane do kompetencji organów krajowych, jako lepiej znających specyfikę lokalnych rynków, tamtejsze uwarunkowania społeczne, językowe i kulturowe.

Najnowsze orzecznictwo Trybunału zdaje się przyjmować, iż należy staranniejsze ustalać rzeczywisty obraz obrotu. Trybunał uznaje raczej (odmiennie niż w orzeczeniu w sprawie *Clinique*, ale podobnie jak w sprawie *Estée Lauder (lifting)*), iż informacje, które w jednym z państw członkowskich mogą wprowadzać w błąd konsumentów, w innym państwie – z powodu różnic językowych, kulturowych, społecznych pomiędzy krajami członkowskimi – mogą nie mieć takich cech³⁴.

³⁴ H. Helm, *Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs im Vergleich. Festschrift für Winfried Tilmann*, Köln Berlin, Bonn München 2003, s. 138, a także np. orzeczenie w sprawie C-294/00 *Deutsche Paracelsus v Gruner*, wyrok z 11.07.2002 r., Zb. Orz. 2002, s. I-6515.

Odzwierciedleniem podejścia zastosowanego przez Trybunał w sprawie *Estée Lauder (lifting)* jest postanowienie zawarte w punkcie 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE, wskazujące na konieczność uwzględnienia w ocenach czynników społecznych, kulturowych i językowych, oraz jego odpowiednik w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. Wskazanie ETS, by uwzględniać w ocenie przyzwyczajenia językowe oznaczonej grupy konsumentów, można znaleźć w sprawach dotyczących dostatecznie odróżniającego charakteru znaków towarowych *Baby-Dry* oraz *Wrigley DOUBLEMINT*³⁵. Pokazuje to, że kryterium odbioru przez odpowiednią publiczność, składającą się z przeciętnych konsumentów, należycie poinformowanych, odpowiednio ostrożnych i krytycznych, przenoszone jest również na inne oceny, dokonywane w ramach prawa własności przemysłowej. W celu przeprowadzenia oceny, czy zestawienie słowne „Baby-Dry” ma zdolność odróżniającą, należy postawić się w sytuacji anglojęzycznego konsumenta (*to put oneself in the shoes of the English speaking consumer*).

Europejski wzorzec konsumenta zorientowany jest na rolę konsumenta w konkurencyjnej gospodarce wolnorynkowej i stanowi wyraz wspólnotowej zasady proporcjonalności³⁶. Z modelem rozsądnego uczestnika rynku, jako adresata norm europejskiego prawa nieuczciwej konkurencji, współbrzmi teoria suwerenności konsumentów, opierająca się na modelu informacyjnym. W gospodarce wolnorynkowej świadome decyzje konsumenckie stanowią czynnik sterujący³⁷. Mimo dość precyzyjnego oznaczenia cech, model przeciętnego konsumenta, wykształcony w orzecznictwie Trybunału, nie jest jednolity, stały i niezmienny. Składa się on raczej z szeregu dyrektyw interpretacyjnych, które należy skonfrontować z okolicznościami danego przypadku. Odejście w ostatnich latach przez Trybunał od praktyki stwierdzania niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd konsumentów i przekazanie tej oceny sądom krajowym pokazuje, że Trybunał nie dąży do tworzenia modelu, który będzie całkowicie oderwany od rzeczywistości obrotu w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

4. Definicja pojęcia „przeciętny konsument” w u.p.n.p.r.

Pojęcie „przeciętny konsument” zostało wprowadzone do słowniczka u.p.n.p.r. i opatrzone definicją legalną. Zgodnie z art. 2 pkt 8) u.p.n.p.r. przeciętnym konsumentem jest

konsument, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przy-

³⁵ Sprawa C-383/99 *Baby-Dry*, wyrok z 20.09.2001 r., Zb. Orz. 2001, s. I-06251 oraz sprawa C-191/01 *OHIM v Wrigley (DOUBLEMINT)*, wyrok z 22.10.2003 r., Zb. Orz. 2001, s. I-12447.

³⁶ K.-H. Fezer, *Modernisierung des deutschen Recht...*, s. 9 i 12.

³⁷ K.-H. Fezer, *Modernisierung des deutschen Recht...*, s. 13.

należności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Projektodawca tak uzasadnił swoją decyzję: „definicja stanowi ważną dla polskich sądów i organów stosujących prawo wskazówkę i kierunek ewentualnej oceny stanów faktycznych”. Wydaje się jednak, że zabieg ten nie był konieczny i ustawodawca polski powinien był wyciągnąć wnioski z ostatecznej decyzji legislatora unijnego. Dostateczną pomoc mogło stanowić odwołanie do elementów konstrukcyjnych tego modelu oraz wskazanie na dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości, zamieszczone w uzasadnieniu ustawy implementującej dyrektywę. Niestety wobec niewielkiej wartości wielu uzasadnień aktów prawnych przyjmowanych w Polsce dla interpretacji przepisów, tradycja poszukiwania tego rodzaju pomocy w wykładni prawa jest w Polsce nieugruntowana a pomoc interpretacyjna znajdowana jest tam rzadko. Jeszcze przed wejściem w życie ustawy implementującej dyrektywę 2005/29/WE, w orzeczeniach wydawanych przez sądy polskie znaleźć można było odwołanie do cech unijnego wzorca przeciętnego konsumenta, wykształconego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości³⁸. Z pewnością jednak definicja legalna ułatwi stosującym prawo wykładnię tego pojęcia, z zastrzeżeniem, że elementy składowe tej definicji będą właściwie rozumiane i interpretowane w kontekście dorobku TS UE oraz z uwzględnieniem tendencji rozwoju prawa uczciwości konkurencji w UE.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię terminologiczną. Mianowicie, elementem składowym pojęcia „przeciętny konsument” jest pojęcie „konsument”, które zostało również zdefiniowane ustawowo w u.p.n.p.r. przez odesłanie do definicji zamieszczonej w k.c. Zgodnie z art. 22¹ k.c. *za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową*. Wydaje się jednak, że definicja tego pojęcia, zamieszczona w k.c., nie w pełni odpowiada istocie pojęcia „konsument (przeciętny)”, stosowanego na potrzeby regulacji uczciwości praktyk rynkowych. Konsumentem, w rozumieniu dyrektywy, jest bowiem osoba fizyczna, która w ramach praktyk handlowych objętych dyrektywą, działa w celu niezwiązanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem (art. 2

³⁸ Por. np. wyrok SN z 2.10.2007 r., sygn. II CSK 289/2007, Biuletyn SN 2004, nr 5; wyrok SN z 11.07.2002 r., sygn. I CKN 1319/2000, OSP 2003, nr 4, poz. 54; wyrok SN z 2.10.2007 r., sygn. II CSK 289/2007, OSNC 2008, nr 12, poz. 140. Por. jednak wyrok SN z 2.01.2007 r., sygn. V CSK 311/2006, Biuletyn SN 2007, nr 5, w którym SN wskazując na specyfikę obrotu w Polsce w połowie lat 90-tych stwierdził, że „skonstruowanie tego rodzaju wzorca normatywnego nie wydaje się zresztą możliwe przy użyciu kryteriów jednoznacznych i niezmiennych w sytuacji, gdy dynamika rozwijających się stosunków gospodarczych oraz panujące praktyki dostarczają coraz to nowych zwyczajów, w świetle których świadomość i rozważa przeważającej ilości konsumentów kreujących wzorzec tzw. konsumenta przeciętnego (do których zaliczyć trzeba także sędziów) podlega ocenie przede wszystkim przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego odniesionych do konkretnego miejsca i czasu”.

pkt b). Biorąc pod uwagę cel dyrektywy w postaci harmonizacji maksymalnej, odstępstwo ustawodawcy polskiego w kwestii definicji pojęcia kluczowego dla stosowania dyrektywy 2005/29/WE może mieć istotne znaczenie dla jej stosowania. Jeżeli w ocenach praktyk rynkowych, z punktu widzenia ich uczciwości, mierzniakiem będzie konsument w rozumieniu k.c. (a więc osoba, która już dokonuje czynności prawnej, nie zaś jedynie adresat pewnych praktyk, potencjalna strona czynności prawnej), wówczas perspektywa ocenna istotnie zmieni się w stosunku do założonej w dyrektywie. Z populacji adresatów praktyk będzie trzeba wydzielić grupę, która już „padła ofiarą ich nieuczciwości” i dokonała transakcji, podjęła decyzję dotyczącą umowy, co wypaczy z pewnością rezultat analizy. Ocena normatywna uczciwości praktyk rynkowych w prawie polskim powinna być dokonywana z zastosowaniem wzorca konsumenta, który – mimo nieuczciwości działań przedsiębiorcy – podjął decyzję dotyczącą umowy, a więc nie był dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Ta niefortunna decyzja polskiego ustawodawcy spowodowała elementarne odstępstwo od celu dyrektywy i właściwie na wstępie uniemożliwiła jej prawidłową implementację³⁹.

Tymczasem, wydaje się, że legislator unijny chciał w rezultacie implementacji dyrektywy 2005/29/WE zerwać z brakiem dyscypliny systemowej w dziedzinie prawa uczciwości konkurencji, traktowanego jako element tzw. prawa konsumentckiego. Dotychczas definicja pojęcia konsumenta zależała od określonego kontekstu sytuacyjnego, brakowało jednej, wspólnej definicji obowiązującej w całym systemie prawnym, co był zrozumiałe, biorąc pod uwagę rozdrobnienie unijnych regulacji prawnych, dotyczących konsumenta. Definicja zawarta w art. 2 pkt a dyrektywy wyłącza przed nawias cechy wspólne adresata tej regulacji, wskazując, iż na potrzeby jej stosowania konsumentem powinien być, według nomenklatury sprzed jej wejścia w życie, tzw. *homo oeconomicus passivus*⁴⁰, czyli adresat wszelkich działań podejmowanych przez oferentów dóbr konsumpcyjnych, mających na celu ich zbycie, bierny uczestnik gry rynkowej, w przeciwieństwie do aktywnie zabiegających o jego względy wytwórców i handlowców⁴¹. Przy czym unijna polityka ochrony konsumenta zmierza do rozciągnięcia na biernych uczestników obrotu takich wolności, jak wolność wyboru oraz prawo do podjęcia świadomej decyzji. Działania na rzecz zapewnienia ich ekonomicznego samostanowienia nie stanowią więc żadnego przywileju, ale raczej próbę kompensacji ich osłabionej pozycji jako równoprawnego uczestnika gry rynkowej⁴². W realizacji tych celów

³⁹ Na różnice w definicji pojęcia „konsument” w art. 2 pkt 2 u.p.n.p.r. oraz w art. 2 pkt a dyrektywy zwrócili uwagę w komentarzach: A. Michalak, *Przeciwdziałanie...*, s. 56) i R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, a także J. Sroczynski w referacie „Polska ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym: implementacja „totalna”?” wygłoszonym 15.01.2010 r. w Krakowie na konferencji pt. *Regulacje dotyczące nieuczciwych praktyk rynkowych – potrzeba zmian?*

⁴⁰ N. Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, s. 29.

⁴¹ M. Dausies, M. Sturm, *Podstawy prawne ochrony konsumenta na wewnętrznym rynku Unii Europejskiej*, KPP 1997, z. 1, s. 34 i 35.

⁴² J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen 1998, s. 397.

przeszkodzi pomysł legislacyjny polskiego ustawodawcy, który wdrożył dyrektywę 2005/29/WE bez zrozumienia jej istoty. Dalsze rozważania, dotyczące cech przeciętnego konsumenta, będą prowadzone przy założeniu, że podmioty stosujące prawo będą definiowały pojęcie „konsumenta” określanego jako „przeciętny”, w oderwaniu od definicji przewidzianej w k.c., a więc *contra legem*.

5. Stosowanie modelu przeciętnego konsumenta w praktyce – zagadnienia szczegółowe

5.1. Wskazówki wynikające z Przewodnika dotyczącego implementacji i stosowania dyrektywy

Ważne wskazówki na temat stosowania testu przeciętnego konsumenta w prawie krajowym, które stanowi rezultat implementacji dyrektywy 2005/29/WE, znaleźć można w wydanym przez Komisję *Przewodniku dotyczącym implementacji i stosowania dyrektywy 2005/29/WE*⁴³. W *Przewodniku* wskazano przede wszystkim, że ze względu na fakt, iż pojęcie „przeciętnego konsumenta” nie było stosowane przez niektóre sądy państw członkowskich, zostało ono skodyfikowane w dyrektywie tak, by dostarczyć krajowym organom i sądom wspólnych kryteriów, zwiększyć pewność prawa i ograniczyć prawdopodobieństwo wydawania rozbieżnych ocen podobnych praktyk na obszarze UE.

Przed wszystkim w punkcie 18 preambuły podkreśla się, że test przeciętnego konsumenta oparty jest na zasadzie proporcjonalności i wskazuje, że *dyrektywa przyjęła to pojęcie, by znaleźć złoty środek między potrzebą ochrony konsumentów i promocją wolnego handlu na otwartym konkurencyjnym rynku*⁴⁴. W *Przewodniku* promowany jest model przeciętnego konsumenta jako osoby krytycznej, świadomej i ostrożnej, samodzielnie informującej się o jakości i cenie produktów oraz dokonującej skutecznych wyborów. Ale wskazuje się również, że *na gruncie dyrektywy 2005/29/WE przeciętnym konsumentem nie jest ktoś, kto wymaga niewielkiej ochrony, ponieważ jest w stanie zawsze zdobyć dostępne informacje i rozsądnie działać na ich podstawie, co przesądza, iż względem modelowego konsumenta chronionego dyrektywą 2005/29/WE oraz u.p.n.p.r. nie można stawiać zbyt wy-*

⁴³ Commission Staff Working Document – *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, dokument SEC(2009) 1666 z 3 grudnia 2009 r., s. 25 (dalej cyt. jako *Przewodnik*) http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf

⁴⁴ Jako przykład środka nieproporcjonalnego w stosunku do założonych celów, który mógłby stanowić nieuzasadnioną barierę w handlu, podaje się w *Przewodniku* środek krajowy zakazujący przekazów reklamowych opartych na pewnej przesadzie (ang. *puffery*) np. określeń, które nie powinny być odbierane dosłownie, takich jak „najlepszy produkt na świecie” czy „produkt doda Ci skrzydeł”), które mogłyby wprowadzać w błąd bardzo łatwowiernych, naiwnych, pobieżnych konsumentów. Legalność takich przesadzonych twierdzeń potwierdza art. 5 ust. 3 *in fine* dyrektywy 2005/29/WE.

górowanych oczekiwań co do jego samodzielności w pozyskiwaniu informacji koniecznych do podjęcia racjonalnej decyzji rynkowej⁴⁵. Jak się wskazuje w *Przewodniku*, pojęcie to powinno być interpretowane w zgodności z art. 114 TFUE, który przewiduje wysoki poziom ochrony konsumentów. Dla jego osiągnięcia krajowe organy i sądy powinny uwzględniać różne czynniki, które dopełnią test przeciętnego konsumenta⁴⁶.

Zasadniczo pierwszym krokiem w ocenach dokonywanych przez pryzmat odbioru przeciętnego konsumenta powinno być ustalenie, jakie grono jest adresatem praktyki rynkowej. W konkretnym przypadku doprecyzowanie, kto jest przeciętnym konsumentem zależy od tego, czy praktyka rynkowa kierowana jest do ogółu konsumentów, czy też do szczególnego grona odbiorców. Pomocne może być również ustalenie, czy odbiorcą komunikatów rynkowych ma być konsument w jednym, czy też w kilku krajach członkowskich UE⁴⁷. Wówczas język komunikacji może stanowić wyznacznik populacji przeciętnych konsumentów⁴⁸. Następnie, należy określić możliwości percepcji i oczekiwania przeciętnego członka takiej grupy (które mogą być uwarunkowane w szczególności rodzajem produktów, których praktyka dotyczy⁴⁹) a także uwzględnić szczególne okoliczności badanego przypadku (realia gospodarcze, specyfikę stosowanej praktyki rynkowej, w tym długość okresu jej stosowania⁵⁰, zwyczaje miejscowe, uwarunkowania kulturowe i językowe). W *Przewodniku* wyraźnie dopuszcza się analogiczne stosowanie na gruncie dyrektywy 2005/29/WE orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i Sądu (dawniej Sądu I Instancji), wypracowanego przy ocenach wprowadzającego w błąd charakteru znaków towarowych. W tym kontekście szczególnie pomocne mogą być wskazania, iż przeciętny konsument zwykle postrzega znak jako całość i nie analizuje poszczególnych detali, składających się na całość oznaczenia oraz rzadko ma możliwość bezpośredniego zestawienia obu porównywanych znaków, lecz opiera się na niedoskonałym obrazie pozostawionym przez zestawiane oznaczenie w jego pamięci.

W ocenach uczciwości praktyk rynkowych powinny być uwzględniane czynniki społeczne, językowe i kulturowe, które *ad casum* mogą modyfikować obraz przeciętnego konsumenta. W dyrektywie oraz w ustawie określono je zbiorczo jako czynniki społeczne, kulturowe, językowe, czyniąc tę kategorię bardzo po-

⁴⁵ Z drugiej jednak strony, z powołaniem na wyrok w sprawie C-99/01, wskazuje się przykładowo, że przeciętny konsument nie będzie przypisywał produktom, które zostały oznaczone jako „testowane dermatologicznie” działania leczniczego, którego takie produkty nie posiadają.

⁴⁶ Tak *Przewodnik*, s. 26.

⁴⁷ Por. m.in. wyrok Sądu (I instancji) z 6.07.2004 r. w sprawie T-117/02 *Grupo El Prado Cervera v OHMI – Héritiers Debuschewitz (CHUFAPIT)*.

⁴⁸ Zob. opinię adwokata generalnego z 31.01.2002 r. w sprawie C-363/99..

⁴⁹ Zob. np. wyroki Sądu (I instancji) w sprawach połączonych T-183/02 i T-184/02 *El Corte Inglés v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* („Mundicolor”) [2004] Zb.Orz. II-00965, pkt. 68.

⁵⁰ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10.09.2009 r. w sprawie C-446/07 *Alberto Severi v Regione Emilia-Romagna*, pkt 62.

jemną na pozaprawny kontekst praktyki rynkowej. Ta kategoria okoliczności dodatkowych, uwzględnianych w ocenach, stanowi swoisty wentyl bezpieczeństwa dla – postrzeganego często jako zbyt sztywny i odbiegający od realiów obrotu a także odgórnie narzucony – modelu przeciętnego konsumenta wykształconego w orzecznictwie TS UE. Dzięki nim model przeciętnego konsumenta jest modelem dynamicznym. W wielu przypadkach czynniki te mogą być specyficzne, swoiste i typowe dla jednego państwa członkowskiego, co może uzasadniać inną interpretację komunikatu handlowego przez krajowy organ lub sąd⁵¹. Fakt, iż praktyka rynkowa jest zwykle stosowana w innych państwach i nie rodzi tam obaw z punktu widzenia potrzeby ochrony interesów konsumentów, może stanowić argument uwzględniany w ocenie, czy jest nieuczciwa czy też nie⁵². Nie powinien to być jednak argument rozstrzygający.

W *Przewodniku* wskazuje się wyraźnie, że sądy krajowe mają kompetencję do oceny czynników kulturowych, językowych i społecznych, które mogą modyfikować ocenę nieuczciwego charakteru praktyk handlowych. W ocenach należy uwzględnić wszystkie właściwe czynniki, takie jak okoliczności, w jakich produkt jest sprzedawany, informację przeznaczoną dla konsumentów, jej jasność, prezentację i zawartość materiałów reklamowych, ryzyko pomyłki w odniesieniu do właściwej grupy konsumentów⁵³. Pokazuje to również, że nie ma jednej paneuropejskiej matrycy dla oceny uczciwości praktyk handlowych. Mimo więc założonej w dyrektywie 2005/29/WE harmonizacji pełnej, oraz w świetle ocen z zastosowaniem zobiektywizowanego testu przeciętnego konsumenta, na podstawie czynników społecznych, kulturowych i językowych może być uzasadniony wymóg dostarczenia dodatkowej informacji⁵⁴.

W *Przewodniku* przedstawiony został praktyczny przykład uwzględnienia tego podejścia w wyroku włoskiego trybunału administracyjnego, w którym trybunał przyjął, że

poziom wiedzy przeciętnego konsumenta nie może być oceniany jedynie przez pryzmat danych statystycznych. Należy uwzględnić również czynniki społeczne, kulturowe i ekonomiczne, w tym i kontekst gospodarczy oraz warunki rynkowe, w jakich działa konsument. Nie można ignorować szczególnych cech produktów i/lub usług oraz charakterystyki właściwego rynku⁵⁵.

Sprawa dotyczyła wprowadzających w błąd i agresywnych praktyk rynkowych w zakresie promocji i dostawy energii elektrycznej we Włoszech po liberalizacji

⁵¹ C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH*, ECR 2000, p. I-117

⁵² C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratories SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, ECR 1994, p. I-00317, para 21.

⁵³ C-313/94, *Flli Graffione SNC v Ditta Fransa*, ECR 1996, I-06039, para 26., pkt 26.

⁵⁴ C-313/94, *Flli Graffione SNC v Ditta Fransa*, ECR 1996, I-06039, pkt 22.

⁵⁵ *Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*, Sezione I, Sentenza del 25 Marzo 2009 caso Enel S.p.A. contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

rynku. Włoski trybunał administracyjny przyjął, że na rynku energii elektrycznej, przejście od monopolu do rynku konkurencyjnego nie tylko zmieniło relacje między podażą a popytem, lecz również powiększyło lukę w wiedzy między konsumentami a przedsiębiorcami. Sąd wskazał, że w takim kontekście przeciętny konsument (co do zasady podmiot odpowiednio poinformowany) nie może być pojmowany jako osoba, która posiada stosowną wiedzę i informacje, by wypełnić tę lukę. Sąd uwzględnił fakt, że na rynku sprzedaży energii elektrycznej przeciętny konsument nie przystosował się jeszcze do nowej sytuacji rynkowej i w konsekwencji odpowiedni poziom wiedzy, którego można spodziewać się od przeciętnego konsumenta powinien uwzględniać te okoliczności⁵⁶. Fakt, że tego rodzaju wyrok został przytoczony w *Przewodniku* dotyczącym implementacji dyrektywy należy traktować jako istotną wskazówkę co do konieczności uwzględniania specyfiki rynkowej kraju członkowskiego w decyzjach, w których test przeciętnego konsumenta jest stosowany. Choć w Polsce o ustroju gospodarki wolnorynkowej, który zastąpił ustrój gospodarki centralnie sterowanej, można mówić już od ok. dwudziestu lat, jednak rynek polski, a w szczególności konsumenci w wielu aspektach znacznie różnią się od konsumentów zachodnioeuropejskich. Poddawani są natomiast identycznym praktykom jak ci ostatni, z uwagi na ponadnarodowy zasięg i skalę działalności wielu przedsiębiorstw. Nie bez znaczenia są również pewne ograniczenia w znajomości języków obcych cechujące polskich konsumentów, którzy co do zasady nie są jeszcze dostatecznie obcy z innymi, nawet powszechnie używanymi, językami.

5.2. Przeciętny konsument w orzecznictwie wydanym na gruncie u.p.n.p.r.

Szczególnie bogate orzecznictwo, dotyczące pojęcia przeciętnego konsumenta na gruncie art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., zawarte jest w decyzjach Prezesa UOKiK wydawanych w ramach postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Mniej liczne jest orzecznictwo sądów powszechnych, których wypowiedzi w tym zakresie są prezentowane raczej na tle stosowania u.z.n.k.

- **stopień uwagi i ostrożności oraz zakresu wiedzy przeciętnego konsumenta**

W decyzji Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r.⁵⁷, przyjęto rozumienie pojęcia wynikające z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, iż przeciętny konsument zdefiniowany w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r.

posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi go wykorzystać, dokonując analizy przekazów rynkowych. Jest to konsument sceptyczny wobec kierowanych do niego praktyk rynkowych, który umiejętnie korzysta ze stworzonych możliwości wyboru⁵⁸.

⁵⁶ *Przewodnik*, s. 27.

⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., nr RPZ-29/2010, sygn. akt RPZ- 61/11/09/AR.

⁵⁸ *Ibidem*.

Jak wskazuje Prezes UOKiK w decyzji z 11.12.2009 r.⁵⁹

przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale przede wszystkim rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale z drugiej strony nie potrafi ocenić sytuacji tak jak profesjonalista. Niemniej jednak nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej informacji, która – przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności celem zrozumienia istoty kierowanych do niego przez przedsiębiorcę informacji – nie będzie wprowadzać w błąd.

W decyzjach Prezesa UOKiK podkreśla się, że

nie bez znaczenia jest sposób przekazania tak zdefiniowanemu przeciętnemu konsumentowi informacji dotyczących produktu, bowiem prawo konsumenta do transparentności przekazu profesjonalisty (należytego poinformowania) ma kardynalne znaczenie dla świadomego procesu decyzyjnego konsumenta. Naruszenie tego prawa (brak transparentności, nienależyte przekazanie informacji) może skutkować bowiem tym, iż nawet przeciętny konsument nie będzie w stanie wykorzystać swojej wiedzy, ostrożności, racjonalnego postrzegania rzeczywistości i rozpoznać grożącego mu niebezpieczeństwa w postaci bezprawnych działań profesjonalisty. W tak zakłóconych warunkach przeciętny konsument nie będzie miał możliwości podjęcia świadomej decyzji⁶⁰.

W świetle orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Warszawie⁶¹

przeciętny konsument nie musi znać obowiązujących przepisów prawa, co oznacza, iż nie dysponuje on wiedzą z zakresu prawa podatkowego, w części dotyczącej w szczególności aktualnie stosowanych stawek podatku VAT dla różnych grup towarów.

W wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 maja 2005 r.⁶² wyraźnie stwierdzono, iż konsument nie ma obowiązku samodzielnego obliczania cen towarów. Podobnie w decyzji z 28.04.2009 r.⁶³ Prezes UOKiK przyjął, że

przeciętny konsument nie jest prawnikiem i nie posiada wiedzy z tego zakresu. Potrafi czytać przepisy i rozumieć treści wyrażone prostym, nieprawniczym językiem. Nie jest natomiast w stanie odczytać znaczenia przepisu, który posługuje się zwrotami prawniczymi. Przeciętny konsument składając reklamację oczekuje, iż jej rozpatrzenie będzie dotyczyć konkretnie wskazanych przez niego niezgodności i zgłoszonych roszczeń. Należy wobec tego uznać, iż każda inna odpowiedź będzie dla przeciętnego konsumenta niejasna. W tym kontekście należy wskazać, iż przytoczone w niniejszej decyzji odpowiedzi Spółki na reklamacje składane po 6 miesiącach od chwili wydania towaru, są dla przeciętnego konsumenta niezrozumiałe i nierzeczowe. Spółka bowiem przytacza lub cytuje konkretne przepisy ustawy o sprzedaży konsumentkiej, nie odnosi się natomiast do wskazanych przez konsumenta niezgodności. Z tego względu przeciętny konsument zostaje wprowadzony

⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 11.12.2009 r., nr DDK-9/2009, sygn. akt. DDK-61-6/09/JTB.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Wyrok SApel. w Warszawie z dnia 2 grudnia 2005 r. sygn. akt VI ACa 600/05.

⁶² Wyrok SOKiK z dnia 19 maja 2005 r., sygn. akt XVII Ama 11/04.

⁶³ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.04.2009 r., nr DDK-1/2009, sygn. akt DDK-61- 24/07/PZ.

w błąd, co do sposobu korzystania z przysługujących mu uprawnień z tytułu niezgodności towaru z umową.

W decyzji z 6.08.2009 r.⁶⁴ Prezes UOKiK, biorąc pod uwagę dorobek orzeczniczy i legislacyjny, dotyczący modelu przeciętnego konsumenta oraz przesłanki dotyczące poinformowania, uwagi i ostrożności, podkreślił, że

z tego założenia nie wynika, że konsumenci powinni samodzielnie dążyć do uzyskania wiedzy niezbędnej do zawarcia umowy – informacji dotyczących przedsiębiorcy lub cech produktu. Ciężar przekazania informacji o produkcie spoczywa na przedsiębiorcy, który występując na rynku w roli profesjonalisty powinien zadbać o to, żeby jego kontrahent uzyskał na tyle pełną i jasną informację, która pozwoli konsumentowi podjąć świadomy wybór oparty na wiedzy. Dlatego właśnie prawo do informacji uznawane jest za fundament ochrony konsumenta w Unii Europejskiej.

Prezes UOKiK podkreśla, powołując się na wypowiedzi doktryny⁶⁵, że

chodzi o informacje kierowane do konsumenta. Tu bowiem leży różnica między ujęciem europejskim a nierzadko spotykanym w Polsce podejściem akceptującym powinność orientacji konsumenta w sytuacji rynkowej (wysoki standard samoświadomości konsumenta: „skoro chce być na rynku, musi się podporządkować panującym na nim zasadom. Jeżeli są one twarde – tym gorzej dla konsumenta”).

W decyzji z 9.12.2010 r.⁶⁶ Prezes UOKiK zauważył, że

wskazanie na takie cechy jak dostateczne poinformowanie, uwaga i ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego przeciętność) znajdujących wyraz w tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej – nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale nie potrafi też ocenić sytuacji tak jak profesjonalista. Przeciętny konsument ma świadomość specyfiki języka reklam, jego pewnej umowności, skłonności do przesady czy metafory i konieczności odnoszenia się do reklam z racjonalnym dystansem. Ma zarazem prawo odebrać kierowany do niego przekaz reklamowy w sposób dosłowny, przy założeniu, że profesjonalista jest podmiotem wiarygodnym i przekazuje informacje w sposób jasny, jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd⁶⁷.

⁶⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.08.2009 r., nr DDK-4/2009, sygn. akt DDK1-61-29/07/MR.

⁶⁵ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów...*, s. 66.

⁶⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.12.2010 r., nr RPZ-28/2010, sygn. akt RPZ- 61/16/10/JM.

⁶⁷ W tej sprawie Prezes uznał, że nawet ostrożny i uważny konsument, będący w stanie podjąć racjonalną decyzję co do nabycia usługi, ma prawo odebrać sporny przekaz reklamowy w sposób dosłowny. Przeciętny konsument powinien i mógł oczekiwać, że w tym zakresie ulotka zawiera pełny i wyczerpujący katalog wyłączeń. Nawet dobrze poinformowany, uważny i ostrożny konsument mający świadomość specyfiki języka reklam, ale jednocześnie – obowiązku podawania w reklamach prawdziwych informacji, nie mógł zakładać, że usługa nie jest dostępna także dla abonentów innych taryf niż wymienione taryfy biznesowe.

W decyzji z 3.12.2010 r.⁶⁸ Prezes UOKiK wskazał, że przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego, przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla polskiego konsumenta⁶⁹. Wskazanie na cechy takie, jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność, określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegającą na tym, że z jednej strony – można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości. Z drugiej strony – nie można jednak uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Niemniej jednak nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej informacji, która przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności, celem zrozumienia istoty kierowanych do niego przez przedsiębiorcę informacji, nie będzie wprowadzać w błąd⁷⁰.

W decyzji Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r.⁷¹ przyjęto, że

nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo oczekiwać od Spółki rzetelnej informacji, a także działania, które nie będzie wprowadzać w błąd i nie będzie miało na celu wywołania stanu zastraszenia i obawy o swoje dobra oraz skłonienia w warunkach presji do rozporządzenia mieniem zgodnie z wolą Spółki.

W analizowanej sprawie Prezes przyjął, że

konsument przeciętny powinien znać podstawowe zasady odnoszące się do zawierania i wykonywania umów, tj. zasadę, iż umów należy dochowywać, a długi należy spłacać, powinien być świadomy możliwości cesji wierzytelności na osobę trzecią oraz potencjalnych negatywnych konsekwencji w postaci obowiązku zapłaty odsetek za zwłokę. Biorąc jednak pod uwagę brak regulacji prawnych w badanym zakresie należy stwierdzić, że przeciętny konsument, mający ogólną wiedzę o zadaniach i kompetencjach komorników sądowych, nie jest w stanie określić, jaki zakres uprawnień przysługuje „przedsiębiorcy windykacyjnemu” występującemu w roli wierzyciela albo działającemu na jego zlecenie, a w szczególności, czy pracownicy przedsiębiorstwa windykacyjnego mogą stosować, tak jak komornicy sądowi, środki przymusu wobec dłużnika.

W decyzji z 31.12.2009⁷² Prezes UOKiK potwierdził wprowadzający w błąd charakter przekazu reklamowego, przyjmując, że

przeciętny konsument, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję, co do nabycia produktu na podstawie treści omawianej kampanii reklamowej, powinien i może się spo-

⁶⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2010 r., nr DDK-17/2010, sygn. akt DDK-61-17/08/JTB.

⁶⁹ Podobnie w decyzji Prezesa UOKiK z 19.12.2010, nr RŁO-35/2010, sygn. akt RŁO-61-12/10/TD.

⁷⁰ W analizowanej sprawie przyjęto, że przeciętny konsument poszukujący odpowiadającej mu oferty, posiadający rozeznanie na rynku deweloperskim, ma prawo spodziewać się, iż z faktem stosowania przez PZFD kodeksu dobrych praktyk w postaci Katalogu wiąza się pewne korzystne rozwiązania, w tym pewnego rodzaju bezpieczeństwo przed nieuczciwymi działaniami wobec niego, jako potencjalnego klienta, gwarantowane przez PZFD.

⁷¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., nr DDK-14/2010, sygn. akt DDK-61-13/08/IS/EK.

⁷² Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., nr DDK-13/2009, sygn. akt DDK-61-29/08/AK.

dziewać, że uzyska reklamowany jako wyjątkowy, specjalny, produkt (tj. laptop z mode-mem) po cenie wskazanej w reklamie. I w tym zakresie jest wprowadzany w błąd, ponieważ istotna cecha produktu, w postaci tak niskiej ceny, nie występuje w przedmiotowej ofercie w odniesieniu do obu produktów (laptopa i modemu), lecz dotyczy jedynie jednego z nich (modemu). Zdaniem Prezesa Urzędu, hasła reklamowe powinny zwracać uwagę na najbardziej charakterystyczne, istotne z punktu widzenia reklamowanej oferty elementy, które mają stanowić istotną korzyść dla konsumenta, z uwagi na którą powinien on zaintereso-wać się właśnie tym produktem danego przedsiębiorcy. Taki powinien być zamiysł profesjo-nalisty konstruującego kampanię reklamową, takiego przekazu ma prawo spodziewać się także przeciętny konsument. Wskazać należy także, że dla rynku usług telefonii mobilnej charakterystyczne są promocje, w których urządzenia służące do wysyłania sygnałów tele-komunikacyjnych (np. aparat telefoniczny, modem) dostępne są bardzo często po okazji-nej cenie, tj. przysłowiowej złotówce.

Podobnie w decyzji z 31.12.2009 r.⁷³ Prezes UOKiK wskazał, że

przeciętny konsument, znający na pewnym ogólnym poziomie zasady działania rynku te-lekomunikacyjnego oraz standardowe warunki ofert promocyjnych, powinien i spodziewa się, że przekaz reklamowy nie zawiera wyczerpującej informacji na temat zasad promocji „Zawsze taniej z najbliższymi z internetem w telefonie” oraz „Telefoniczna okazja z interne-tem w telefonie”. Może przykładowo spodziewać się, iż skorzystanie z niej będzie związane z koniecznością zawarcia umowy na czas określony. Jednak ten sam przeciętny konsument, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję, co do nabycia produktu na podstawie treści omawianej kampanii reklamowej, powinien i może się spodziewać, że uzyska usługę dostępu do mobilnego internetu bez limitu w jakimś czasie trwania umowy, jeśli tylko zdecyduje się na podpisanie kontraktu z operatorem. I w tym zakresie był wprowadzany w błąd, ponieważ istotna cecha produktu, wokół której budowana była kampania rekla-mowa, stanowiąca podstawową korzyść dla nabywcy – nie istniała w ofercie operatora. Limit dostępu do internetu występował i wynosił 50MB w danym cyklu rozliczeniowym. (...) Przeciętny konsument, nawet o wiedzy wyższej niż przeciętna w dziedzinie usług tele-komunikacyjnych, nie musi i nie powinien samodzielnie szukać kluczowej informacji na temat oferowanej promocji. Kwestią niemniej wadliwą jest umieszczanie wskazówki wyjaś-niającej pismem pionowym, małą czcionką, w mało eksponowanym miejscu reklamy. Nie takiej informacji oczekuje konsument w styczności z reklamą. Sposób prezentacji jedno-znacznie wskazuje zatem na działanie Spółki wprowadzające w błąd w zakresie przedsta-wienia cech oferowanego produktu. (...) Przeciętny konsument, analizując wydźwięk rekla-my, ocenia przede wszystkim ofertę cenową, szacując korzystność interesu ekonomicznego skorzystania z oferty. W tym przypadku, przeciętny konsument nie powinien domyślać się, że cena ulega zmianie w czasie trwania umowy. Brak jakichkolwiek wskazówek wyjaśnia-jących, dotyczących ceny (podobnie jak w kwestii limitu dostępu do internetu), pozbawia konsumenta możliwości zbadania ewentualnych rozbieżności pomiędzy głównym hasłem reklamowym a rzeczywistością.

- **zależność między rodzajem produktu a poziomem uwagi**

Ocena z punktu widzenia odbioru przeciętnego konsumenta może podlegać pewnej modyfikacji w zależności od tego, co jest przedmiotem komunikacji ryn-kowej oraz jakiego produktu ma dotyczyć decyzja konsumenta dotycząca umo-

⁷³ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., nr DDK-12/2009, sygn. akt DDK-61-9/09/AK

wy⁷⁴. Zdaniem SN poziom cen porównywanych produktów ma wpływ na poziom uwagi konsumenta, gdyż znacząco wyższa cena określonego produktu, w porównaniu z innymi produktami podobnymi, może dodatkowo skłaniać do porównania produktów i ich oznaczeń, co ma wpływ na ryzyko konfuzji⁷⁵. W decyzji z 6.03.2006 r.⁷⁶, a więc wydanej jeszcze przed wejściem w życie u.p.n.p.r., Prezes UOKiK przyjął, że

ocenając możliwość wprowadzenia w błąd należy uwzględnić przede wszystkim charakter produktu i warunki, w jakich obrót tym produktem się odbywa, gdyż to wyznacza wzorzec przeciętnego konsumenta, będącego miernikiem zachowań konsumentów dokonujących zakupów. Należy przy tym podkreślić, iż inaczej zachowuje się konsument przy zakupie towarów o większej wartości, takich jak sprzęt RTV i AGD lub samochody, a inaczej kupując drobne towary powszechnego użytku, jakimi są produkty spożywcze. Przy tego rodzaju produktach przyjąć należy, jako miernik, konsumenta nieuważnego, który rzadko korzysta z informacji zawartych na odwrocie opakowania produktu spożywczego. Taki konsument nabywa produkt kierując się jego nazwą i oznaczeniem, które jest widoczne na pierwszy rzut oka. W trakcie zakupów konsument wybiera spośród kilku lub kilkunastu produktów o podobnej nazwie, wyglądzie i znajdujących się na jednej półce. W tej sytuacji trudno wymagać od niego, aby zapoznawał się ze szczegółowymi informacjami zawartymi na każdym produkcie, znajdującymi się często na odwrocie produktu i dodatkowo wydrukowanymi małutkimi literami.

- **praktyki skierowane do szczególnej grupy konsumentów**

W myśl art. 5 ust. 2 pkt b dyrektywy tzw. test przeciętnego konsumenta podlega pewnemu zniuansowaniu. W ocenach odbioru przeciętnego konsumenta konieczne jest ustalenie (nazwanie/doprecyzowanie) grona odbiorców określonych praktyk. Choć jak wskazuje się w orzecznictwie Prezesa UOKiK *w konkretnych przypadkach konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów*⁷⁷, to jednak jeżeli ze względu na specyfikę produktów odbiorcą nie jest każdy, lecz wybrane grono, wówczas w ocenach miarodajna jest perspektywa poznawcza tej grupy. Jeżeli praktyka jest skierowana do szczególnej (określonej) grupy konsumentów, nie zaś do całej populacji konsumentów⁷⁸, wówczas należy oceniać praktykę przez pryzmat odbioru przeciętnego członka takiej grupy (np. dziecka, naukowca

⁷⁴ Tak Prezes UOKiK w decyzji z 11.12.2009 r. (nr DDK-9/2009, sygn. akt. DDK-61-6/09/JTB) w sprawie, w której chodziło nie o klasyczny przekaz reklamowy produktu, lecz informację dotyczącą treści postanowień umownych aneksu, mającego zmienić wcześniej zawartą umowę przedwstępną dotyczącą lokalu mieszkalnego. Wraz z aneksem konsumenci otrzymali list przewodni, który nie spełniał wymogów transparentności przekazu i sugerował, iż zawarte w aneksie postanowienia zostały opione i zaakceptowane przez Prezesa Urzędu.

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 6.05.2009 r., sygn. II CSK 665/2008.

⁷⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 6 marca 2006 r., nr RPZ-5/2006.

⁷⁷ Zob. np. decyzję prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., nr DDK-14/2009, sygn. akt DDK-61-2/09/PM.

⁷⁸ Współcześnie jedną z zasad marketingowych jest profilowanie przekazu, który ma dotrzeć do precyzyjnie ustalonego adresata, określanego jako grupa docelowa.

etc.)⁷⁹. W definicji pojęcia przeciętnego konsumenta zamieszczonej w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. dyferencjacja ta jest zamazana. Ustawodawca zdaje się łączyć perspektywę odbioru określonego konsumenta z odbiorem grupy szczególnie podatnej na oddziaływanie praktyki rynkowej. Tymczasem nieco inne jest uzasadnienie wyodrębnienia perspektywy odbioru konsumentów szczególnie podatnych na oddziaływanie pewnych praktyk.

W uzasadnieniu do projektu u.p.n.p.r. podniesiono, że

definicja przyjęta w projekcie, oprócz przesłanek opartych na dorobku ETS, przez użycie sformułowania „z uwzględnieniem przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów” wprowadza – zgodnie z kierunkiem dyrektywy – segmentację konsumentów. Oznacza to, że jeżeli praktyki rynkowe są kierowane do szczególnej grupy konsumentów podatnej na tę praktykę ze względu na szczególne cechy takie, jak przykładowo niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa lub wiek, wówczas ocena praktyki dokonywana będzie z punktu widzenia przeciętnego uczestnika tej grupy. Przykładem takiej szczególnej grupy konsumentów będą dzieci, osoby starsze czy osoby niepełnosprawne.

W projekcie zabrakło jednak w definicji przeciętnego konsumenta klauzuli ochronnej, odnoszącej się do grupy konsumentów szczególnie podatnych na oddziaływanie praktyk rynkowych. Włączenie jej do ostatecznie przyjętej wersji ustawy spowodowało pewien nieład definicyjny, polegający na zrównaniu szczególnej grupy konsumentów z grupą konsumentów szczególnie podatnych na praktyki rynkowe, co nie odpowiada literze dyrektywy. Projektodawca dodał ponadto w uzasadnieniu, że

mimo braku wyraźnej transpozycji do projektu ustawy przy ocenie należy uwzględnić wskazówkę, o której mowa w art. 5 ust. 3 dyrektywy, zgodnie z którą „pozostaje to bez uszczerbku dla powszechnej i zgodnej z prawem praktyki reklamowej polegającej na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie”.

Podejście polskiego ustawodawcy wydaje się więc bardzo nierówne. Z jednej strony zdecydował się na precyzyjną definicję modelu przeciętnego konsumenta, z drugiej jednak odstąpił od wiernej implementacji postanowień istotnych przy jego ustalaniu.

Ustalenie, czy określona praktyka rynkowa kierowana jest do szerokiego grona odbiorców czy też do grupy szczególnej (niekoniecznie bardziej podatnej na oddziaływanie praktyki) może mieć podstawowe i decydujące znaczenie przy ustalaniu charakteru określonego komunikatu rynkowego⁸⁰. W praktyce stosowania

⁷⁹ Jako przykład tego rodzaju zdywersyfikowanego podejścia w *Przewodniku* podaje się reklamę telefonów dla nastolatków, dla której odbioru relewantna jest perspektywa przeciętnego nastolatka, z jednoczesnym pominięciem ocen szczególnie niedojrzałych oraz dojrzałych nastolatków.

⁸⁰ Zob. wyrok SOKiK z 8.06.2009 r. (sygn. akt XVII Ama 101/08), w którym skonfrontowane zostały dwa poglądy na temat charakterystyki grupy przeciętnych konsumentów – adresatów hasła reklamowego: „iPlus teraz w specjalnej ofercie – wysokiej klasy laptop w zestawie z modelem iPlus tylko za złotówkę/ iPlus tylko teraz w wyjątkowej ofercie promocyjnej” (z jednej strony stanowisko, iż są nimi osoby posiadające ponadprzeciętną wiedzę w zakresie zasad składniowych języka polskiego

u.p.n.p.r., mimo nie dość precyzyjnych postanowień ustawy, organy rozstrzygające spory dokonują takiej segmentacji konsumentów i uwzględniają szczególne cechy grona adresatów określonej praktyki rynkowej, wychodząc z założenia, że ustalenie modelu konsumenta przeciętnego w konkretnej sprawie uzależnione jest od tego, kto jest odbiorcą produktu (usługi) oferowanego w przekazie reklamowym. W wyroku z 2 października 2007 r.⁸¹ Sąd Najwyższy podnosi, że

ocenając, czy reklama może wprowadzać w błąd, należy odwołać się do modelu przeciętnego odbiorcy reklamy – konsumenta reklamowanych artykułów lub usług. Chodzi, więc nie o ogólny model przeciętnego konsumenta, lecz o model przeciętnego konsumenta reklamowanych towarów, w tym przypadku przeciętnego konsumenta leków, do którego kierowane były gazetki reklamowe pozwanej spółki.

Natomiast w decyzji z 10.12.2010 r.⁸² Prezes UOKiK wskazał, że w konkretnej sprawie

produkt ten nie jest kierowany do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów – potencjalnie każdy człowiek jest zagrożony ciężką chorobą lub trwałym uszczerbkiem na zdrowiu, niezależnie od wieku, stanu zdrowia, wiedzy, stylu życia oraz statusu majątkowego itp. Konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy zatem stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Będzie to zatem konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla polskiego konsumenta⁸³.

W decyzji Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., nr RPZ-29/2010, sygn. akt RPZ-61/11/09/AR, przyjęto, że ze względu na charakter usług świadczonych przez operatora, jak i zgromadzone w toku postępowania skargi abonentów, którym uniemożliwiono lub utrudniono realizację uprawnienia do bezkosztowego wypowiedzenia umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, usługi nie były kierowane do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów. Konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należało w tej sprawie stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Był nim w tym przypadku konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny

i w zakresie praktyk handlowych operatorów telekomunikacyjnych, a więc wąsko sprofilowana grupa wyedukowanych konsumentów, posiadających specjalistyczną, ponadprzeciętną wiedzę i wykształcenie oraz krytyczne podejście do przekazu reklamowego, z drugiej zaś pogląd, że ze względu na charakter przekazu reklamowego prezentowanego w środkach masowego przekazu, wskazującego na korzystanie z bezprzewodowego dostępu do Internetu w sytuacjach życia codziennego, a nie zawodowego oraz chęć zwiększenia ilości użytkowników spoza wyspecjalizowanego grona kręgu dotychczasowych użytkowników, adresatem praktyki jest jak największa grupa osób).

⁸¹ Wyrok SN z 2.10.2007 r., II CSK 289/2007, OSNC 2008/12 poz. 140.

⁸² Decyzja Prezesa UOKiK z 10.12.2010 r., nr RWR-28/2010, sygn. akt RWR 61-1/10/AJ.

⁸³ W przedmiotowej sprawie koniecznym stało się rozważenie przez Prezesa Urzędu, czy stosowanie kwestionowanej definicji zawału serca mogło wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd, tj. mogło powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

i ostrożny przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla polskiego użytkownika sieci komórkowej.

Natomiast w decyzji Prezesa UOKiK z 20.12.2010 r.⁸⁴, nr RBG-20/2010, sygn. akt RBG-61-03/10/AS, szczególna grupa konsumentów została zidentyfikowana ze względu na miejsce zamieszkania wprowadzającego w błąd przekazu (Internet), jego charakter oraz cenę usługi. W decyzji wskazuje się, że „wzorzec przeciętnego konsumenta nie jest stały, zmienia się w zależności od okoliczności konkretnego przypadku”. W analizowanej sprawie konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta oparto na odwołaniu się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów, jaką stanowią użytkownicy Internetu, którzy byliby zainteresowani poznaniem swojej daty śmierci. Ze skarg, które wpływały do Prezesa UOKiK a także do powiatowych/miejskich rzeczników konsumentów jednoznacznie wynika, iż przeciętny konsument w niniejszej sprawie to najczęściej osoba młoda (często nastolatek), łatwowierna, nierozważna i szczególnie podatna na skorzystanie z usługi za stosunkowo niską cenę, tj. 1,22 zł⁸⁵.

Z kolei w wyroku z 6.12.2007 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie⁸⁶ stwierdził, iż

skoro reklama pozwanej była umieszczana wyłącznie w Internecie, to nie była kierowana do wszystkich możliwych odbiorców usług powszechnych, ale do osób wykształconych, dobrze poinformowanych, najczęściej w średnim lub młodym wieku, mających poprzez pracę lub wypoczynek kontakt z zagranicą, którzy posiadają dostęp do Internetu, komputera i umieją się nim posługiwać. Osoby takie dysponują zasobem wiedzy i doświadczeniem życiowym w zakresie funkcjonowania „tanich linii lotniczych”, w tym zakupu biletów, które w ponad 90% sprzedawane są poprzez Internet. W szczególności wiedzą, że istnieje w ogóle możliwość online wyszukiwania biletów, ich rezerwacji oraz zapłaty za nie poprzez Internet, najczęściej kartą kredytową. Tym samym krąg adresatów reklamy „tanich linii” lotniczych różni się od kręgu przeciętnych konsumentów.

- **ochrona konsumentów szczególnie podatnych na oddziaływanie praktyk rynkowych**

W projekcie dyrektywy brakowało postanowień, które odnosiłyby się do konsumentów szczególnie podatnych na oddziaływanie praktyk rynkowych. W pracach legislacyjnych podkreślano, że może to spowodować utratę przez politykę

⁸⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2010 r., nr RBG-20/2010, sygn. akt RBG-61-03/10/AS.

⁸⁵ Skarżony przedsiębiorca umieścił na kontrolowanych stronach internetowych hasło „Sprawdź swoją datę śmierci za 1 zł (1,22 zł z VAT)”, przy czym cenę 1 zł (1,22 zł z VAT) wykładał czcionką w kolorze czerwonym, większą w stosunku do wskazanej dopiero w trzecim akapicie, rzeczywistej ceny za wysłanego sms-a. Dopiero na samym dole, najmniejszą czcionką na tejże stronie wskazał, iż cena promocyjna dotyczy tylko płatności kartą. Opisane zatem wyróżnienie ceny „1,22 zł” sugerowało konsumentom taką cenę za wysłanie sms-a. Wnioski takie są tym bardziej uprawnione, gdyż poszczególne komunikaty na stronie są rozmieszczone w takich sekwencjach i przy zastosowaniu znacznych odstępów, co może powodować, że konsument, czytając pierwszy akapit, nawet nie podejrzewał, że wysłanie sms-a może być droższe i że cena promocyjna dotyczy jedynie płatności kartami kredytowymi.

⁸⁶ Wyrok z 6.12.2007 r. SApeI. w Warszawie, sygn. VI A Ca 842/07, OSA 2009, nr 2, poz. 7, s. 66.

konsumencką charakteru ochronnego (brak ochrony konsumentów gorzej edukowanych i słabiej poinformowanych)⁸⁷. W przyjętym tekście dyrektywy postulatory te zostały zrealizowane. Dyrektywa zakłada ochronę wszystkich konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi⁸⁸. Jednakże legislator unijny nie zdecydował się co do zasady na ochronę konsumentów słabych i podatnych (ang. *weak and vulnerable*), lecz przewidział narzędzie ochrony wybranych grup konsumentów potrzebujących szczególnego podejścia. W art. 5 ust. 3 dyrektywy wyróżniona została grupa praktyk handlowych, które mogą istotnie zniekształcać zachowania rynkowe wyłącznie pewnej, dającej się zidentyfikować, grupy konsumentów, która jest szczególnie podatna na daną praktykę, ze względu na niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność, w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę⁸⁹. Perspektywa poznawcza przeciętnego członka takiej grupy jest uwzględniana wówczas przy stosowaniu testu przeciętnego konsumenta. W myśl postanowień punktu 19 preambuły, jeżeli niektóre cechy takie, jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa lub łatwowierność czynią konsumentów szczególnie podatnymi na praktykę handlową lub produkt, którego ona dotyczy, i jeżeli praktyka ta może zniekształcić zachowanie gospodarcze jedynie takich konsumentów w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, należy zadbać o ich odpowiednią ochronę poprzez ocenę danej praktyki z perspektywy przeciętnego członka tej grupy.

Ta regulacja ochronna jest rezultatem uwzględnienia dwóch odmiennych tendencji w dziedzinie regulacji uczciwości praktyk handlowych; z jednej strony – pragnienia liberalizacji tej dziedziny, z drugiej zaś – potrzeby ochrony konsumentów szczególnie narażonych na nieuczciwość przedsiębiorców. W konsekwencji regulacja ta odnosi się do praktyk, które mogą zniekształcać zachowania gospodarcze wyłącznie grupy konsumentów dającej się jednoznacznie zidentyfikować (art. 5 ust. 3 dyrektywy). W rezultacie, może być dyskusyjne jej stosowanie do

⁸⁷ Zob. pkt 3.6.2 opinii Europejskiego Komitetu Społeczno-Gospodarczego z 29.01.2004 r., Dz. Urz. WE 2004, C 104 E/261, 263.

⁸⁸ Zob. punkt 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE oraz *Przewodnik*, s. 29.

⁸⁹ Pierwociny podejścia wskazującego na konieczność grupowego rozwarstwienia populacji konsumentów znaleźć można w wyroku w sprawie *Buet* (C-382/87, wyrok z 16.05.1989 r., Zb. Orz. 1989, s. I-1235), w którym Trybunał Sprawiedliwości, nie rezygnując z przyjętego dotychczas modelu przeciętnego konsumenta, który krytycznie i rozważnie uczestniczy w grze rynkowej, uznał, że reklama materiałów edukacyjnych (przeznaczonych do nauki języka obcego), prowadzona w formie akwizycji w domach potencjalnych klientów, może być zakazana. Konsumenti – potencjalni nabywcy materiałów do nauczania zaocznego – należą do grupy zasługującej na szczególną ochronę, z uwagi na ich świadomość niewystarczalności własnego wykształcenia i dążenie do zniwelowania dystansu między nimi a resztą społeczeństwa. Przy sprzedaży poza miejscem prowadzenia działalności są bardziej podatni na wprowadzenie w błąd, a także narażeni na, właściwe dla marketingu bezpośredniego, ryzyko dokonania transakcji nieprzemyślanej. W analizowanym przypadku braku w wykształceniu narażają tę grupę konsumentów na szczególnie niebezpieczeństwo w kontakcie ze sprzedawcą materiałów edukacyjnych, który próbuje przekonać ich, że korzystając z tych materiałów, będą mieli lepsze perspektywy zatrudnienia.

przypadków praktyk kierowanych do ogółu konsumentów, wśród których pewną część stanowią konsumenci szczególnie podatni.

W art. 5 ust. 3 dyrektywy zawarto wskazanie, iż chodzi o grupę konsumentów szczególnie podatną na praktykę w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę. W tym kontekście dyrektywa 2005/29/WE nakłada na przedsiębiorców konieczność uwzględnienia zróżnicowanej percepcji stosowanych praktyk rynkowych (praktyki handlowe, które mogą w istotny sposób zniekształcić zachowanie gospodarcze tej szczególnej grupy w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę), zostawiając im zabezpieczenie w postaci możliwości przewidzenia szczególnego, odmiennego odbioru praktyki⁹⁰. W praktyce przewidywanie możliwego odbioru określonych komunikatów rynkowych przez różne grona odbiorców może być obciążające dla przedsiębiorców. W myśl *Przewodnika* kryterium to dodaje element proporcjonalności w ocenach skutku praktyki rynkowej wywieranego na podatnych konsumentach oraz staranności zawodowej, której można oczekiwać od przedsiębiorcy. W konsekwencji zastosowania takiego zastrzeżenia, odpowiedzialność za nieuczciwą praktykę handlową powinna być przypisana jedynie przedsiębiorcy, który mógł przewidzieć negatywny wpływ określonej praktyki na grupę szczególnie podatnych konsumentów⁹¹. Przewidywalność tego wpływu decyduje o odpowiedzialności, zaś zakaz praktyk nieuczciwych w odniesieniu do takich szczególnych grup konsumentów ma eliminować praktyki, które są konstruowane tak, by wykorzystać słabość pewnych szczególnych grup konsumentów⁹².

Niestety, w definicji przeciętnego konsumenta, zamieszczonej w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., zabrakło tego istotnego ograniczenia, co może być kwalifikowane jako niedokładne implementowanie postanowień dyrektywy 2005/29/WE do prawa polskiego, pozwalające na wydawanie decyzji sprzecznych z duchem i literą dyrektywy. W konsekwencji, w toku stosowania prawa należy postulować wykładnię, która uwzględni ten istotny aspekt. W przeciwnym razie powołanie się na potrzeby ochrony pewnych szczególnych grup konsumentów może *ad casum* prowadzić do wydawania decyzji nadmiernie obciążających przedsiębiorców w zakresie oczekiwanego poziomu staranności i przewidywalności możliwego odbioru komunikatów rynkowych.

Kryteria wyodrębnienia grupy konsumentów szczególnie podatnych, zostały ustalone w art. 5 ust. 3 dyrektywy. Wyodrębnienie może nastąpić na podstawie m.in. takich cech, jak: a) niepełnosprawność psychiczna lub fizyczna, b) wiek, c) łatwowierność, przy czym wskazanie na te cechy czyniące konsumentów szczególnie podatnymi, ma charakter przykładowy⁹³. Z pewnością kryteria takie, jak

⁹⁰ Por. M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych... (I)*, s. 38.

⁹¹ Tak *Przewodnik*, s. 31.

⁹² *Przewodnik*, s. 31.

⁹³ Tak *Przewodnik*, s. 29. Z brzmienia art. 5 ust. 3 dyrektywy oraz art. Art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. nie można wywieść jednoznacznego przekonania, że to wyliczenie cech ma charakter przykładowy.

niepełnosprawność czy wiek, mają charakter obiektywny i są łatwiejsze do zastosowania, natomiast cecha łatwowierności, jako wyróżnik pewnego grona odbiorców, pozostawia możliwość dokonywania rozbieżnych ocen.

Pojęcie niepełnosprawności, zarówno psychicznej, jak i fizycznej, obejmuje szereg ograniczeń, w tym upośledzenia zmysłów, ograniczenia poruszania się i inne⁹⁴. Przykładowo, konsumenci korzystający z wózków inwalidzkich mogą stanowić grupę szczególnie podatną w odniesieniu do twierdzeń reklamowych, dotyczących wygody w dotarciu do celu podróży urlopowej⁹⁵.

Podatność na określone praktyki może być warunkowana wiekiem adresatów praktyk rynkowych, przy czym w tej kwestii nie można konstruować twierdzeń o charakterze generalnym. W konkretnym przypadku, przy uwzględnieniu szeregu okoliczności przy ocenach może być konieczne uwzględnienie perspektywy odbioru konsumenta młodego (dziecka), nastolatka czy też osoby starszej lub w podeszłym wieku. W preambule dyrektywy (punkt 18) ze względu na potrzebę ochrony interesów dzieci znalazło się ponadto odesłanie dotyczące zamieszczenia w wykazie praktyk, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach, przepisu, który nie wprowadzając całkowitego zakazu reklamy skierowanej do dzieci, chroni je przed bezpośrednimi namowami do dokonania zakupu⁹⁶. Zarówno w regulacji krajowej, jak i wspólnotowej, pojawia się pojęcie dziecka, które nie zostało w żadnym z analizowanych aktów prawnych zdefiniowane, a które – na potrzeby ich stosowania – powinno być rozumiane jednolicie. Być może w przyszłości pomocne w tym względzie okaże się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, póki co problem ten pozostaje nierozwiązany i stanowi pewne wyzwanie dla podmiotów stosujących prawo w krajach członkowskich. Nie przyczyni się jednak do postulatów harmonizacji zupełnej stosowanie krajowych (często radykalnie odmiennych i mających charakter funkcjonalny) definicji pojęcia „dziecko”⁹⁷. W piśmiennictwie wskazuje się, że sformułowanie praktyki nr 28 w Załączniku I do dyrektywy zestawia pojęcie dzieci z pojęciem rodziców i dorosłych, co może stanowić również dyrektywę interpretacyjną⁹⁸, iż pojęcie dzieci obejmuje grupę w przedziale wiekowym od urodzenia do uzyskania pełnoletniości. Wydaje się, że nie ma pod-

⁹⁴ Na gruncie prawa polskiego pojęcie to nie powinno być zawężane do grona osób, które są kwalifikowane jako niepełnosprawni w świetle ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn. Dz. U. 2010, nr 214, poz. 1407).

⁹⁵ *Przewodnik*, s. 30.

⁹⁶ W myśl art. 9 pkt 5 u.p.n.p.r. zakazane w każdych okolicznościach jako tzw. czarne praktyki agresywne są działania polegające na umieszczaniu w reklamie bezpośredniego wezwania dzieci do nabycia reklamowanych produktów lub do nakłonienia rodziców lub innych osób dorosłych do kupienia im reklamowanych produktów. Regulacja ta stanowi dosłowny odpowiednik praktyki określonej nr 28 w Załączniku I do dyrektywy.

⁹⁷ W uzasadnieniu do niemieckiej regulacji implementującej praktykę zamieszczoną pod nr 28 w Załączniku I do dyrektywy przyjęto, iż dziećmi są osoby do 14 roku życia, natomiast młodzież określona została przedziałem wiekowym 14–18 lat.

⁹⁸ Tak H. Köhler, *Minderjährigenschutz im Lauterkeitsrecht*, w: *Festschrift für Eike Ullmann*, Saarbrücken 2006, s. 698.

staw do wyłączania z pojęcia dzieci grupy nastolatków (obejmującej wiek 14–17 lat). Przeciwnie, istnieje wiele argumentów za tym, by ta grupa podlegała również ochronie na gruncie dyrektywy i ustawy implementującej. Przede wszystkim, młodzież w tym wieku stanowi szczególnie atrakcyjny „łup” dla nieuczciwych przedsiębiorców, gdyż często samodzielnie nabywa już pewne dobra, nie mając jednocześnie odpowiedniego stopnia dojrzałości psychicznej i emocjonalnej, by oprzeć się pewnym praktykom.

W przypadku bezpośredniego wezwania do nabycia przez same dzieci (praktyka piętnowana na gruncie art. 9 pkt 5 u.p.n.p.r.), grupę docelową, do której skierowana jest praktyka rynkowa, stanowią dzieci. W rezultacie stosowania zasad prawa cywilnego samodzielne nabycie przez dzieci możliwe jest jedynie w zakresie wyznaczonym przez przepisy k.c. i w tym zakresie znajduje zastosowanie regulacja zawarta w art. 9 pkt 5 u.p.n.p.r., gdyż – zgodnie z założeniami dyrektywy – ma ona na celu ochronę interesów ekonomicznych konsumentów (zob. pkt 8 i 11 preambuły dyrektywy)⁹⁹. Natomiast wezwanie do nabywania przez rodziców lub dorosłych ma zmierzać do tego, by określona transakcja została sfinansowana przez dorosłych. Wymóg wezwania do nakłonienia przez dzieci dorosłych do nabycia powoduje, że przepis ten odnosi się jedynie do przypadków, gdy decyzja o nabyciu wywołwana jest u dorosłych przez dzieci, sami zaś dorośli nie mają żadnego interesu w nabyciu produktu. Sytuacja ta nie dotyczy jednak przypadków, gdy dorośli podejmują decyzję działając nie z namowy dzieci, lecz samodzielnie.

Rodzi się pytanie, czy cel dyrektywy – ochrona gospodarczych interesów konsumentów przed szkodami wywołanymi nieuczciwymi praktykami rynkowymi oraz cel praktyki nr 28 – jest koherentny. Czy bez tego zakazu ta szczególna grupa konsumentów ponosiłaby szkodę w swoich interesach ekonomicznych? Niewątpliwie, w odniesieniu do reklamy zawierającej wezwanie do nabywania produktów kierowane do dzieci, zakaz taki jest zgodny z zasadniczym celem dyrektywy. Powstaje natomiast pytanie, czy bez istnienia tego zakazu zagrożone byłyby interesy ekonomiczne grupy dorosłych, którzy mogą być nakłaniani do określonych zakupów przez dzieci ze względu na zamieszczone w reklamie, kierowane do dzieci, wezwanie do nakłonienia rodziców lub innych dorosłych do nabycia określonych produktów. W tym bowiem przypadku decyzja dotycząca umowy podejmowana jest przez dorosłych, z tego względu nie ma potrzeby wprowadzania szczególnych środków ochronnych ze względu na niedoświadczenie czy też łatwowierność adresatów praktyk rynkowych. Ocenic trzeba, na ile przeciętny konsument, odpowiadający przyjętemu w dyrektywie i ustawie modelowi, może zostać zmanipulowany przez dzieci w takim stopniu, że istnieje ryzyko, że podejmie decyzję rynkową szkodzącą jego interesom ekonomicznym¹⁰⁰.

⁹⁹ Do takich konkluzji z literalnej wykładni przepisów dyrektywy dochodzi I. Scherer, *Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren*, WRP 2008, nr 4, s. 433.

¹⁰⁰ Regulacja zawarta na czarnej liście praktyk agresywnych pod nr 28 ma raczej stanowić pomoc wychowawczą dla rodziców i rodzin, aniżeli środek właściwy dla prawa konkurencji. W piśmienni-

W definicji „przeciętnego konsumenta”, zamieszczonej w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., nie pojawiła się trzecia cecha wymieniona w dyrektywie jako sprzyjająca szczególnej podatności grupy odbiorców – mianowicie łatwowierność. Zakładając, że cechy wpływające na zdywersyfikowany obraz grona adresatów zostały wskazane w dyrektywie i ustawie przykładowo, łatwowierność może być z pewnością cechą pomocną w przy ustalaniu zmodyfikowanego odbioru również na gruncie prawa polskiego.

Ocenę uwzględniającą konieczność ochrony grup szczególnie podatnych na oddziaływanie praktyk rynkowych, odnaleźć można w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 marca 2009 r. VI ACa 1155/2008¹⁰¹. Sąd wskazuje w nim, że w rozstrzyganej sprawie

chodzi nie o ogólny model przeciętnego konsumenta, lecz o model przeciętnego konsumenta reklamowanych towarów, w tym przypadku przeciętnego konsumenta leków, do którego kierowane były gazetki reklamowe pozwanej spółki.

Jak podnosi się w wyroku, wprawdzie w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁰² uznaje się, iż również w Polsce, co do zasady, należy obecnie przyjąć powszechnie stosowany w Unii Europejskiej model przeciętnego konsumenta jako osoby należycie poinformowanej, uważnej, ostrożnej i rozsądnie krytycznej, jednakże wzorzec ten nie może być definiowany w oderwaniu od konkretnych warunków ustalonych w sprawie oraz od realiów związanych z odbiorcą określonych produktów, do którego kierowana jest reklama¹⁰³. Zdaniem Sądu Apelacyjnego godne poparcia jest stanowisko Sądu Najwyższego, iż przy reklamie tak specyficznych towarów, jakimi są produkty lecznicze, nie można pomijać faktu, że

konsumentami leków są osoby chore, często o zmniejszonej z tego powodu zdolności postrzegania oraz rozsądnej i krytycznej oceny, podobnie jak osoby starsze, stanowiące także znaczną grupę konsumentów leków. Są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestie i mniej krytyczne. Do nich kierowana jest reklama leków i przy ocenie możliwości wprowadzenia w błąd, cechy tej grupy odbiorców należy wziąć pod uwagę jako model przeciętnego odbiorcy¹⁰⁴.

ctwie niemieckim wskazuje się, że narzędzie to jest obce regulacji, która ma chronić interesy konsumentów a także konkurencji (element obcy) i z tego względu postuluje się interpretację zawężającą tego przepisu. Tak I. Scherer, *Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung*, WRP 1999, z. 10, s. 436–437.

¹⁰¹ Wyrok S. Apel. w Warszawie z 11.03.2009 r., sygn. VI ACa 1155/08, Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych 2010, nr 8, poz. 60, s. 58.

¹⁰² Tak: SN w wyroku z 3.12.2003 r., sygn. I CK 358/2002, Biuletyn SN 2004, nr 5.

¹⁰³ Por. wyrok SN z 11.07.2002 r., sygn. I CKN 1319/2000, OSNC 2004, nr 5, poz. 73.

¹⁰⁴ Należy dodać, że w niniejszej sprawie sąd I instancji, tj. Sąd Okręgowy wskazał, że „biorąc pod uwagę fakt, iż osoby będące adresatami reklamy pozwanej, tj. często osoby starsze, emeryci lub renciści, są osobami o niższych dochodach, dbającymi o stan swoich finansów, uznał, iż nie przyjmą one bezkrytycznie treści reklamy, lecz dokonają jej weryfikacji poprzez sprawdzenie cen w innych aptekach”. Dywersyfikacja grona adresatów komunikacji handlowej doprowadziła więc sąd do zgola odmiennych wniosków.

Stanowisko to podtrzymał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2.10.2007 r.¹⁰⁵ dodając, że w analizowanej sprawie odbiorcy (osoby starsze lub chore) *są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestię i mniej krytyczne. Do nich kierowana jest reklama leków i przy ocenie możliwości wprowadzenia w błąd, cechy tej grupy odbiorców należy wziąć pod uwagę jako model przeciętnego odbiorcy*¹⁰⁶.

- **test statystyczny czy ocena normatywna**

W preambule dyrektywy a także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości podkreśla się, że tzw. „test przeciętnego konsumenta” nie jest testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości¹⁰⁷. W opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Estée Lauder (lifting)* zamieszczono praktyczny opis stosowania „testu przeciętnego konsumenta”:

Test ten powinien być stosowany w każdym przypadku ograniczeń w sprzedaży lub marketingu produktów ze względu na potrzebę ochrony konsumentów przed wprowadzającym w błąd oznaczeniem lub inną załączaną informacją, która może wprowadzać w błąd hipotetycznego konsumenta tak zdefiniowanego. Test ten powinien umożliwić krajowemu sądowi ocenę każdego przypadku z zastosowaniem tego standardu na podstawie własnej oceny wpływu na konsumenta. Stosowany standard, oparty na połączeniu czterech czynników, jest wysoki. Uwzględniając wszystkie okoliczności przypadku, a w szczególności warunki stosowane przez sprzedawcę, sąd krajowy musi nabrać przekonania, że przeciętny konsument, odpowiednio dobrze poinformowany i spostrzegawczy w odniesieniu do produktu, i który działa z odpowiednią ostrożnością, podchodząc krytycznie do zapewnień dotyczących produktu, może być wprowadzony w błąd. Podejście to nie ma charakteru

¹⁰⁵ Wyrok SN z 2.10.2007 r., sygn. II CSK 289/2007, OSNC 2008, nr 12, poz. 140.

¹⁰⁶ Sąd Najwyższy dodał ponadto, że w niniejszej sprawie „nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, nie zakwestionowanym przez Sąd Apelacyjny, że dla oceny, czy reklama leków w gazetkach reklamowych i ulotkach cenowych nie wprowadzała w błąd, nie ma znaczenia fakt, iż informacja, co do okresu promocji cenowej oraz wyjaśnienia znaczenia określenia „*ceny typowe*” napisane były drobnym drukiem. Okoliczność ta ma niewątpliwe znaczenie, gdyż druk ten jest praktycznie nie do odczytania, podobnie jak druk wyjaśnień w późniejszych gazetkach i ulotkach użytych w nich określeń „*ceny urzędowe*” lub inne ceny oraz okresu obowiązywania promocji. Wszystkie dane dotyczące reklamowanego produktu leczniczego oraz jego promocji cenowej powinny być przedstawione w sposób czytelny i widoczny, tak by również osoby starsze i chore mogły z łatwością się z nimi zapoznać. Nie spełnia tych wymagań zamieszczenie informacji i wyjaśnień drukiem zbyt małym lub niewyraźnym, trudnym do odczytania”.

¹⁰⁷ Zob. wyrok w sprawie C-210/96, *Gut Springenheide and Tusky v Oberkreisdirektor Steinfurt*, ECR 1998, I-4657, para 31, 32, 36 i 37 oraz wyrok w sprawie C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH*. Zob. opinię rzecznika generalnego z 16.09.1999 r. w sprawie C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH*, pkt 28. Podobnie Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 1.04.2004 r. w sprawie C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Hofstetter* wskazał, że do sądu krajowego należy rozstrzygnięcie, czy postanowienie umowne może być kwalifikowane jako nieuczciwe w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Polskie wydanie specjalne: Rozdział 15 Tom 02, p. 288–293) (pkt 25 wyroku).

statystycznego. Badania rynkowe mogą, w pewnych przypadkach, mieć charakter pomocniczy, lecz należy pamiętać o słabościach formułowania badań ankietowych oraz różnorodnych interpretacjach ich znaczenia. W konsekwencji takie badania nie zwalniają sądu krajowego z konieczności zastosowania swej władzy sądenia w oparciu o standard przeciętnego konsumenta zdefiniowany w prawie wspólnotowym. Konkludując, jednolity wspólnotowy test jest obecnie dostępny i niewłaściwe jest opieranie przez sądy krajowe orzeczeń dotyczących wprowadzenia w błąd na dowodach statystycznych dotyczących prawdopodobnego skutku dla 10%–15% potencjalnych konsumentów¹⁰⁸.

Sąd Najwyższy w wyroku z 23.04.2008 r.¹⁰⁹ trafnie – opierając rozumowanie również na postanowieniach dyrektywy 2005/29/WE – wskazuje, że

możliwość wprowadzenia w błąd jest okolicznością faktyczną, istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, zrozumiałe się staje, że okoliczność ta podlega dowodzeniu zgodnie z regułami procesowymi określonymi w procedurze cywilnej (art. 227–305 k.p.c.). Mogą być zatem na tę okoliczność powoływane środki dowodowe z katalogu określonego w tych przepisach, w tym również dowód z opinii biegłego sądowego na okoliczność zarówno podobieństwa towarów czy ich opakowań, jak i możliwości konfuzji co do określonych ich cech. Nie jest jednak niezbędne (...) oparcie się w tym zakresie na dowodzie z opinii biegłego sądowego, uwzględniającej badania statystyczne. W większości spraw sądy nie opierają się na wynikach badań ankietowych, chociaż oczywiście jest, że dowody tego rodzaju mogą być w konkretnej sprawie dopuszczone. Rzecz w tym jednak, że dowody te podlegają swobodnej ocenie sądu, zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. Ocena swobodna nie oznacza dowolności i musi uwzględniać określony wzorzec konsumenta. Przy określaniu tego wzorca sąd winien kierować się przede wszystkim własną oceną, opartą na całokształcie okoliczności ujawnionych w sprawie i przy uwzględnieniu zachowań gospodarczych konsumentów względem określonego produktu. (...) W sprawach tego rodzaju przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, opartej na badaniach statystycznych, nie jest niezbędne, chociaż może być przydatne dla ustalenia ryzyka niebezpieczeństwa wprowadzenia konsumentów w błąd. Nie można natomiast podzielić zarzutu, że w wypadku przeprowadzenia takiego dowodu sąd jest niejako nim związany, bowiem nie dysponuje, w przeciwieństwie do biegłego sądowego, wiadomościami specjalnymi. Nie można też narzucać sądowi ograniczenia się przy ustalaniu wzorca konsumenta, jaki w konkretnej sprawie powinien być brany pod uwagę, do uwzględniania tylko tych potencjalnych konsumentów, którzy byli objęci badaniami statystycznymi.

Również w wyroku z 8.06.2009 r.¹¹⁰ SOKiK przyjął, że badania opinii publicznej mają charakter jedynie pomocniczy.

¹⁰⁸ Zob. opinię rzecznika generalnego z 16.09.1999 r. w sprawie C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH*, pkt 29.

¹⁰⁹ Wyrok SN z 23.04.2008 r., sygn. III CSK 377/2007, OSNC 2009, nr 6, poz. 88.

¹¹⁰ Wyrok SOKiK z 8.06.2009 r., sygn. akt XVII Ama 101/08.

6. Przeciętny konsument europejski i konsument polski – zbieżność czy rozbieżność modeli

Transformacja gospodarcza oraz wstąpienie Polski do Unii Europejskiej spowodowały, że na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat podejście do konsumenta jako uczestnika gry rynkowej i postrzeganie jego miejsca w gospodarce wolno-rynkowej, uległo zasadniczym przeobrażeniom, doskonale widocznym w orzecznictwie sądów i innych kompetentnych organów. Dostrzegalne są w tej mierze skrajne podejścia: po pierwsze, założenie dotyczące powinności orientacji konsumenta w sytuacji rynkowej, który decydując się na udział w grze rynkowej sam musi zapewnić sobie wysoki standard samoświadomości a ewentualne negatywne konsekwencje swego braku wiedzy będzie ponosił sam (model konsumenta krytycznego)¹¹¹; po drugie, przyjęcie, że szczególnie wobec otwarcia rynku na towary unijne, konsument polski, „wrzucony na głęboką wodę” praktyk rynkowych ze strony przedsiębiorców od lat doskonale operujących narzędziami poprawy zbytu, jest niezwykle podatny na wprowadzenie w błąd, wręcz łatwowierny i nie-uważny (model konsumenta nieoświeconego)¹¹²; po trzecie, optymistyczna wizja dotycząca poziomu świadomości, krytycyzmu i ostrożności konsumenta polskiego oraz umiejętności właściwego spożytkowania przekazywanych mu informacji (model konsumenta świadomego)¹¹³.

Na rozbieżność między polskim i europejskim konsumentem wskazał SOKiK w wyroku z 8.06.2009 r.¹¹⁴ Zdaniem Sądu

wyniki badania opinii publicznej przeprowadzone na zlecenie pozwanego świadczą o niskim poziomie wyrobienia przeciętnego polskiego konsumenta. Okres funkcjonowania na

¹¹¹ Co szeroko opisuje E. Łętowska, *Prawo umów...*, m.in. s. 7–8, 46, 54, 77. Por też A. Bielecka-Dobroczek, *Glosa do uchwały SN z 11 października 2001 r.*, I KZP 23/01, PPH 2003, nr 5, s. 49.

¹¹² Zob. np. wyrok SA w Gdańsku z 6.11.1996 r., sygn. I ACr 839/96, OSA 1997, nr 10, poz. 57; wyrok SA w Białymstoku z 11.03.1999 r., sygn. I ACa 430/99, OSA 1999, nr 11–12, poz. 57 a także wyrok SOKiK z 23.02.2006 r., sygn. XVII Ama 118/04.

¹¹³ Zob. np. na tle oceny wprowadzającego w błąd charakteru znaku towarowego wyrok WSA w Warszawie z 02.03.2006, sygn. VI SA/Wa 1705/05, w którym Sąd wskazując na obecnie obowiązujący model przeciętnego konsumenta przyjął zbyt wygórowane wymogi przy ocenie zachowań konsumenta produktów spożywczych (czekolady). Stanowisko to zostało poddane korekcie w wyroku NSA z 20.02.2007 r., sygn. II GSK 247/06, w którym NSA podniósł, że „sąd I instancji niesłusznie przyjął, że przeciętny odbiorca, to, bez względu na okoliczności sprawy, osoba uważna i dobrze poinformowana. Stwierdzić należy, że zgodnie z orzecznictwem ETS, na potrzeby całościowej oceny prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd należy w szczególności wziąć pod uwagę fakt, że poziom uwagi przeciętnego konsumenta może się różnić w zależności od danej kategorii towarów lub usług. W całościowej ocenie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd sposób postrzegania znaków towarowych przez przeciętnego konsumenta danej kategorii towarów lub usług odgrywa decydującą rolę”. Korekta ta pokazuje, że bezkrytycznie stosowany „europejski model przeciętnego konsumenta” może doprowadzić do skrajnie różnych rozstrzygnięć, które w toku kontroli instancyjnej powinny być sprawdzane również pod kątem rozumienia tzw. testu przeciętnego konsumenta.

¹¹⁴ Wyrok SOKiK z 8.06.2009 r., sygn. akt XVII Ama 101/08.

krajowym rynku profesjonalnej reklamy to zaledwie kilkanaście lat. W tak krótkim okresie czasu przeciętny polski konsument nie osiągnął jeszcze takiej odporności i dystansu do prezentowanych mu akcji reklamowych, jaki posiada przeciętny konsument europejski, stykający się z emisją reklam praktycznie przez całe życie i dzięki temu bardziej świadomy i racjonalny w ich odbiorze. Z tym wiąże się również – zdaniem Sądu – poziom prezentowanych na krajowym rynku reklam, które ze względu na brak dojrzałych konsumentów nie muszą być formułowane w sposób subtelny, nie narzucający klientowi mylnych skojarzeń.

Podobnie wcześniej, jeszcze przed wejściem w życie u.p.n.p.r., w wyroku SO-KiK z 23.02.2006 r.¹¹⁵ Sąd uznał przyjęte przez powoda w sprawie założenie o poziomie przeciętnego krajowego konsumenta, do którego skierowana była reklama za nietrafne, a przedstawioną argumentację, choć wynikającą z przepisów wspólnotowych, określił jako zwodniczą. Powód mianowicie, opierając się na europejskim wzorcu konsumenta wyedukowanego, rozważnego, krytycznego i posiadającego zdolność decydowania o swojej konsumpcji, prezentował w sprawie pogląd, że akcja promocyjna, która w sposób celowy została zaaranżowana na wzór programu informacyjnego i prezentowana jest w formie neutralnej informacji, która ukrywa promocyjny charakter, ma dostarczyć konsumentom informacje niezbędne do podjęcia racjonalnej decyzji rynkowej. Jak wskazuje w tej sprawie Sąd,

należy pamiętać o specyfice stosunków i zwyczajów panujących na rynkach wewnętrznych każdego kraju i takie argumenty można przytoczyć dla ochrony interesów rodzimego konsumenta na arenie międzynarodowej. Zdaniem Sądu, konsumenci krajowi, którzy przez kilkadziesiąt lat nie byli poddawani rozwijającym się w tym okresie w krajach zachodnich technikom reklamowym, nie są wyrobieni w stopniu, jaki wskazuje powód w uzasadnieniu swego stanowiska, więc kryteria oceny działań promocyjnych na krajowym rynku muszą być dla ich ochrony bardziej restrykcyjne. W konsekwencji, również przepisy wewnętrzne regulujące zasady ochrony interesów konsumentów i zwalczania nieuczciwej konkurencji, obowiązujące w kraju są ostrzejsze, a ich wykładnia dostosowana do rynku, na jakim obowiązują.

W świetle wyroku włoskiego trybunału administracyjnego przytoczonego w *Przewodniku*, pogląd SOKiK wydaje się uzasadniony. W szczególnych przypadkach, okoliczności przywołane przez ten Sąd mogą stanowić argument przesądzający o przyjęciu określonego modelu konsumenta ze względu na specyfikę społeczną i kulturową.

Wpływ modelu przeciętnego konsumenta, wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, widoczny jest jednak w wielu wyrokach sądów polskich. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.12.2003 r.¹¹⁶ wskazał, że

na rynku motoryzacyjnym, zwłaszcza w odniesieniu do nabywców samochodów, odrzucić należy lansowany w doktrynie model mało krytycznego, jeżeli nie wręcz nierozważnego, konsumenta wykazującego brak edukacji rynkowej i doświadczeń w tym zakresie, będących następstwem specyfiki krajowego marketingu. Sama wysokość ceny nabywanego samochodu wyklucza potraktowanie nabywcy jako nieostrożnego konsumenta, bezkrytycz-

¹¹⁵ Wyrok SOKiK z 23.02.2006 r., sygn. XVII Ama 118/04.

¹¹⁶ Wyrok SN z 3.12.2003 r., sygn. I CK 358/2002, Biuletyn SN 2004, nr 5.

nie odnoszącego się do haseł reklamowych i nie posiadającego podstawowych informacji. Polski odbiorca reklamy w tym segmencie rynku samochodowego posiadał umiejętność odczytywania informacji reklamowych. Nie można potraktować go jako mało uważnego i łatwo poddającego się sugestii płynącej z otrzymanego przekazu o wielości podmiotów dbających o jego samochód. Przeciwnie, można przyjmować model konsumenta rozsądnie krytycznego, który jest osobą dojrzałą i należycie poinformowaną oraz przezorną i ostrożną. Tak rozumiany poziom krytycyzmu odbiorcy wypowiedzi reklamowych, wyklucza (...) wywołanie u klienta niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia o towarze (usłudze) lub też podjęcia pod wpływem błędu decyzji o nabyciu towaru lub usługi.

W tezie wyroku z 6.12.2007 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie¹¹⁷ wskazał, że

kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego klienta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunków panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza podejmując decyzję o nabyciu reklamowanego towaru.

Przytoczone wypowiedzi wskazują na upowszechnienie w orzecznictwie polskim (w wyrokach sądów powszechnych oraz w decyzjach Prezesa UOKiK) tzw. testu przeciętnego konsumenta¹¹⁸ oraz coraz wyższą świadomość w zakresie cech przypisywanych takiemu konsumentowi w orzecznictwie unijnym. Prawidłowa wykładnia przepisów z zakresu uczciwości zachowań rynkowych, odwołujących się do modelu przeciętnego konsumenta, które objęte są zakresem przedmiotowym dyrektywy 2005/29/WE, wymaga rozumienia procesu integracji UE. Nie jest właściwe bezrefleksyjne naśladowanie rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości, lecz rozumienie mechanizmów, które doprowadziły do takich rozstrzygnięć oraz kierunku rozwoju unijnego prawa uczciwości konkurencji. W ocenach nie może być pomijany cel, jakiemu miały służyć obie dyrektywy odnoszące się do uczciwości zachowań rynkowych – dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach rynkowych i dyrektywa 2006/114/WE dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej¹¹⁹. Założeniem legislatora unijnego było zwiększenie zaufania konsumentów i przedsiębiorców do transakcji ponadgranicznych (w tym dokonywanych za pośrednictwem Internetu) oraz zapewnienie większej pewno-

¹¹⁷ Wyrok S.Apel. w Warszawie z 6.12.2007 r., sygn. VI ACa 842/07, OSA 2009, nr 2, poz. 7, s. 66.

¹¹⁸ Warto wskazać, że oceny z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy były przeprowadzane w orzecznictwie polskim już w latach 30. ubiegłego stulecia. Zob. np. orzeczenie WOUP z 17.12.1930 r., Odw. 1133/30, Lex nr 64363.

¹¹⁹ W rezolucji z 13 stycznia 2009 r. w sprawie transpozycji, wdrażania i egzekwowania dyrektywy 2005/29/WE w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz dyrektywy 2006/114/WE dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (2008/2114(INI)) Parlament Europejski wezwał państwa członkowskie do skoncentrowania wysiłków w celu właściwej transpozycji, implementacji i egzekwowania obu dyrektyw kształtujących unijne prawo uczciwości konkurencji oraz zapewnienia respektowania odpowiednich wyroków krajowych oraz wyroków Trybunału Sprawiedliwości.

ści prawnej przedsiębiorstwom w zakresie możliwości stosowania różnych praktyk rynkowych oraz reklamy na rynku wewnętrznym.

Z pewnością orzekanie na poziomie krajowym i unijnym wykazuje swą specyfikę. Decyzje krajowe warunkowane były dotychczas jedynie materialnym prawem krajowym. Wyroki Trybunału Sprawiedliwości uwzględniać muszą dodatkowe, poza czysto normatywnymi, komponenty (np. politykę integracyjną). Wydaje się, że utrzymywanie dwóch wzorców ocen w UE nie wytrzyma próby czasu. Nie da się modyfikować (w zasadniczej części liberalizować) podejścia jedynie w sprawach z elementem obcym. Konieczna jest zmiana paradygmatów również na gruncie krajowym¹²⁰. Jednakże przy podążaniu w kierunku wymuszonego członkostwem Polski w UE, nie może umykać całkowicie perspektywa krajowa, specyfika sytuacji polskiego konsumenta, stosunki gospodarcze, społeczne i kulturowe, panujące w naszym kraju. Podmiot rozstrzygający, dostrzegając taką potrzebę, powinien czynić należyty użytek z furtki przewidzianej przez legislatora unijnego. Dostrzegalna w niektórych rozstrzygnięciach organów polskich pewna niechęć do stosowania modelu, wykształconego w orzecznictwie UE, czy też wskazania na jego nieprzystawalność do sytuacji konsumenta polskiego, zdają się wynikać z braku zrozumienia jego ewolucji. W modelu tym jest bowiem miejsce na rozstrzygnięcia uwzględniające specyfikę sytuacji krajowej, lokalnej (czynniki społeczne, kulturowe, językowe).

Niestety, sposób implementacji dyrektywy 2005/29/WE do krajowego porządku prawnego, który doprowadził do rozbicia polskiego prawa uczciwości konkurencji, może pogłębiać różnorodność, odmienność, niekoherencję polskiego orzecznictwa. Sztuczny rozdział interesów chronionych w u.p.n.p.r. i u.z.n.k. może spowodować, że inny będzie wzorzec przeciętnego konsumenta stosowany w rozstrzygnięciach na gruncie obu regulacji. Ponieważ pojęcie przeciętnego konsumenta jest stosowane również w innych dziedzinach szeroko rozumianego prawa własności intelektualnej, może dojść do odmiennych ocen w zależności od tego, na jakim gruncie prawnym dokonywane są oceny. Stosowanie tzw. testu przeciętnego konsumenta w ocenach zachowań rynkowych pod kątem ich uczci-

¹²⁰ Przeobrażenie takie jest zauważalne w orzecznictwie niemieckim. Zob. na ten temat w literaturze m.in. A. Mokrysz-Olszyńska, *Niemieckie prawo o nieuczciwej konkurencji na rozdrużu? Ewolucja niemieckiego prawa o nieuczciwej konkurencji*, KPP 2001, z. 2, s. 327 i n.; A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta...*, s. 231–239; K.-H. Fezer, *Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot...*, s. 671 i n.; P. Groeschke, K. Kiethe, *Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes — Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers*, WRP 2001, z. 3, s. 230 i n.; H. Helm, *Das Verbraucherleitbild...*, s. 135 i n.; R. Sack, *Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht*, WRP 1998, z. 3, s. 264 i n.; R. Schweizer, *Die „normative Verkehrsauffassung“ — ein doppeltes Missverständnis — Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“*, GRUR 2000, z. 11–12, s. 923 i n.; W. Tilmann, *Der „verständige Verbraucher“*, w: *Festschrift für Henning Piper*, München 1996, s. 481 i n.; T. Wuttke, *Die Konvergenz des nationalen und des europäischen Irreführungsbegriffs*, WRP 2004, z. 7, s. 820 i n.; S. Ulbrich, *Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild?*, WRP 2005, z. 8, s. 940 i n.

wości, powinno być zasadniczo identyczne¹²¹. Drugim elementarnym mankamentem polskiej regulacji implementującej dyrektywę 2005/29/WE jest wadliwa definicja pojęcia „konsument” w art. 2 pkt 2 u.p.n.p.r. Pomocą w usunięciu tej usterki nie może być wykładnia prowspólnotowa tego pojęcia, bo nie ma podstaw do jej stosowania w przypadku jednoznacznego brzmienia przepisów. Konieczna byłaby wówczas wykładnia *contra legem*. W celu prawidłowego stosowania tzw. testu przeciętnego konsumenta nie jest również uprawnione, na gruncie tej samej regulacji prawnej, odmienne definiowanie jednego pojęcia „konsument”, które w tej regulacji ma swą definicję legalną. W tym względzie konieczna jest nowelizacja przepisów.

¹²¹ Również na gruncie prawa znaków towarowych oceny mają służyć podobnym celom. Dla rozstrzygnięć w prawie znaków towarowych wiążące jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE i Sądu (I Instancji), w którym przyjmuje się zasadniczo identyczny z dyrektywą 2005/29/WE model przeciętnego konsumenta.